



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL: 24, SIRA SAYI: 95

YARGITAY DERGİSİ



CİLT: 24

TEMMUZ - 1998

SAYI: 3

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Mehmet UYGUN**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H.Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : **Erol ERTEKİN** (15. Hukuk Dairesi Üyesi)
Dr. Işıl KOÇHİSARLIOĞLU (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Halil KILIÇ (17. Hukuk Dairesi Üyesi)
Kudret Yalçın BAL (4. Ceza Dairesi Üyesi)

- Dergide yayımlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif hakkı) ödenmez.
 - Yayımlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayımlanıp yayımlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. gideri yazı sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
 - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayınlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No:3) 06658 Ankara.
 - **Telefon** : (0 312) 425 16 32 - 425 16 49
 - **Faks** : (0 312) 419 41 11
 - **Abone servisi** : (0 312) 417 44 60/3505, 3506
 - **Santral** : (Ek Bina) : (0 312) 417 44 60 (20 hat) ; 417 51 10 (5 hat)
 - %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1998 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 2.010.000. liradır.**
 - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak ya da **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hakim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak : **Ertekin KAYA**
 - İç kapak ve grafikler : **Faruk AFŞAR**
-

İÇİNDEKİLER

Sayfa

1- GENEL KONULAR

Mehmet UYGUN

25.12.1997 Günü Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi'nde Yaptığı

Konuşma229-236

2- ANAYASA HUKUKU

a) Doç.Dr.Sami SELÇUK
b) Ömer Uğur GENÇCAN

Yargı Bağımsızlığı237-248

Jandarma Devlet Yerine

Sosyal Devlet249-257

3- KAMU HUKUKU

a) Prof.Dr. Ergin NOMER

Yetki Anlaşmaları ve Türk

Uygulaması258-265

4- USUL HUKUKU

a) Berkant ŞENGEL

Delil Sözleşmesi266-284

5- MEDENİ HUKUK

a) Refik ER

Bankalar Açısından Araç Rehninin

Menkul Rehni İçindeki Hukuki Durumu 285-292

b) Mustafa ATEŞ

Medeni Kanunda Yapılan Son
Değişiklikler İşığında Yoksulluk

Nafakası(I)293-310

6- CEZA HUKUKU

a) Salih KOCALAR

Yargı Yetkisine Giren Trafik

Suçlarının Vergi Usul Kanununa

Göre Belirlenen Yeniden

Değerlendirme Oranına Göre 1998

Yılı Ceza Tutarları311-318

b) Yrd.Doç.Dr. Nihat AYCAN

Suçluların Psikososyal Dünyalarına

Koşuş Duvar Yazılarından Bakış319-333

c)Hasan DURSUN

Bilgisayar İle İlgili Suçlar334-339

7- BORÇLAR HUKUKU

a)Dr.Bilal KARTAL

Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve

Kusursuz Sorumluluk340-355

b)Kemal KAMBER

Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde

Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül

Borcu356-368

8- KARŞILAŞTIRMALI HUKUK
Yrd.Doç.Dr. Vedat BUZ

Karşılaştırmalı Hukukta Munzam
Zararın İspatı369-410

9- TÜKETİCİ HUKUKU
Özgül ÖZKAN

Tüketici Hukuku Bakımından
Ticari Reklamlar ve Tabi
Olduğu Hükümler (I)411-431

CEZA İLKELERİ BİRKAÇ ANI OLAY

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın
Mehmet UYGUN'un, 25.12.1997 günü
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde
Yaptığı Konuşma

Gazi Üniversitesi Rektörü Sayın Hasanoğlu,

Bu Üniversitenin Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Odyakmaz,

Sayın Öğretim Üyeleri, Değerli Hocalarım,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza ve Hukuk Genel Kurulları Başkanları, Yargıtay Daire Başkan ve Üyeleri, Genel Sekreteri, Aziz Mesai Arkadaşlarım,

Değerli Konuklar,

Bugünün öğrencileri yarının Genç Hukukçuları, mesleğimizin umudu seçkin gençler, hepinizi saygılarımla sevgilerimle selamlıyorum.

Otuz yedi yıllık meslek hayatımın bugünden geriye doğru 11 yılını Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı, 7 yılını Yargıtay 9. Ceza Dairesi Üyesi, 10 yıla yakınını Ağır Ceza Reisi ve gerisini Ceza Hakimi olarak sürdürdüm. Bu nedenle sizlere bir ceza hukuku uygulamacısı olarak bazı şeyler anlatma cesaretini kendimde buldum. Yoksa hukuk öğretmenin, hatta kukuk fakültesinde öğrenci olabilmenin ve onların huzurunda Hukuk Fakültesinde konuşma yapmanın ne denli zor ve güç olduğunun bilincindeyim. Bu duygularla sizlere yeniden saygılar ve sevgiler sunarak konuşmama başlıyorum.

Ceza; toplum düzenini bozanlara hem acı çektirmek, hem de onların ıslahını sağlamak üzere yasalarla önceden saptanıp hükümlerle uygulanan yaptırımların tümüdür.

Bu yaptırımlarda bulunması gerekli önemli İLKELER vardır. İlkelerin belirlenip yaşama geçirilmesi yüzyılların deneyimlerine ve çok yoğun çabalara dayanmaktadır. Zamana, koşullara, insanlığın geçirdiği evrelere göre değişme ve gelişme gösteren bu ilkelerin harcında; birçok insanın ve insanlığın çok büyük acılarının, sancılarının ve hatta kanının bulunduğu hiçbir zaman gözardı edilmemeli ve olaysa değerlendirilmelerde daima ve mutlaka bu gelişim hatırdaki tutulmalıdır.

Yasallık-adillik-doğallık-bölünebilirlik-gerialınabilirlik-düzeltilbilirlik-eşitlik-insancılık-topluma kazandırıcılık-özgüllük-uyarlılık-bireysellik-KİŞİSELLİK olarak önemli ilkeleri saymak mümkündür.

37 yıllık Ceza Yargıçlığı yaşamımda karşılaştığım bazı olaylarda kendi kendime sorduğum;

“ Bu ceza nasıl oldu ?

Ceza adil mi, yerinde mi ?

Bu kime ne getirdi, kimden ne götürdü ? Toplum nasıl karşıladı ? Olmadı, olmadı. Ama ne yapabilirdim ki...” dediğim hayıf dolu bir çaresizliğin tablosu olan mesleki yaşam kesitlerimi seçkin hukuk camiasına (sizlere) aktararak bir anlık olsun bu konular üzerinde yeniden düşünmeye davet etmek istiyorum.

Hukukçuluk gibi onurlu ve yüce mesleği seçmek mutluluğun; görevin ağırlığı,, ülkenin ve ulusun beklentileri açısından sorumluluğun; en büyüğünü taşımaktır.

Bu sorumluluğu taşıyabilmek için manen çok kuvvetli omuzlara sahip olmak zorunluğu vardır.

Mesleki bilgi ve beceriyi artırmak için; durmadan okumak, çalışmak, deneyim kazanmak ve var olan deneyimleri mantık süzgecinizden geçirerek olumlularından yararlanmak gerekir. Doğmatik olarak bu böyledir veya böyleymiş diyemeyiz. Niçin böyle, neden böyle, sorularını sorup; yasal, hukuksal ve bilimsel dayanakları ile sonucu belirlemeyi vazgeçilmez ve ihmal edilmez yöntem olarak kullanmak gerekir. Aksi halde kişilsiz, kopyacı ve tekrarcı olmak mukadderdir. Bu da; gerek meslek ve gerekse toplum için dinamizmi yakalayamamak, yerinde saymak, hukuka, kişisel ve toplumsal ahlaka ihanet etmek olur.

İnsanlık tarihi çeşitli yönetim biçimlerine sahne olmuş; bu yönetimlerin iyi ve kötü yönlerini yaşayarak; zorlu, yorucu ve acılı uzun yıllar süren çabalar sonucu ADALET özleminin olabildiğince gerçekleştiği DEMOKRASİYE ulaşılmıştır.

Demokrasinin çeşitli tanımları yapılmış ve yapılacaktır da. Ancak; “ADALETİN gerçekten varolduğu, engellenmediği, siyasete alet edilme girişimlerinin asla düşünülmediği yönetim ve yaşam biçimidir.” Şeklindeki demokrasi tanımı, hukuka insanlık onuruna çağdaşığa (Adalet çağına) kavramın öz cevherini vurgulama ve içeriğini açıklama yönünden sanıyorum en uygun tanımdır.

Demokrasiye diğer yönetim biçimlerinden üstünlük sağlayan ve ona işlerlik kazandıran; devletin hukuk devleti (hukuka bağlı devlet) oluşudur. Hukukun üstünlüğü prensibi demokrasinin tek ve ilk dayanağıdır. Bu ilke; her zamanda, her mekanda herkese belli görevler yükler ve belli haklar sağlar.Hakkın yüceliği, sorumluluğun

onuru berraklaştığı oranda kişi ve toplum yaşamın ereği olan esenliğe ve mutluluğa ulaşır.

Hak edilmeyenin istenmesi, hakların kötüye kullanılması, yetkilerin aşılıp taşılması, hukuk dışı kavramların hukuka ve toplumsal düzene ithal edilmesi çabaları ve benzeri ihlallerin demokraside "YERİ YOKTUR".

Bu "YER YOKTUR" belirlenmesini yapmak ve meydana gelecek bu tür olumsuzlukları saptayıp yaptırıma bağlamak yargının görevidir.

Bu nedenle yargı demokrasinin başat kurumlarının en başında gelir. Hukuka uygunluğu denetleme ve bir yönüyle sağlama, yargının yetkisi ve görevidir.

Görevin bu nitelikleri gözetilerek yargının tam bağımsız ve tam güvenceli olması gerekir. Bağımsızlık ve güvence; ağır ve sorumlu bu görevin en mükemmel ve en üst düzeyde yapılabilmesi, toplumun ideale en yakın hukuka kavuşması için gereklidir. Yoksa o görevleri yüklenenlerin kendilerine tanınmış bir ayrıcalık değildir. Yansız, tutarlı, saygın ve dengeli bir yargı; beraberinde huzurlu toplum, mutlu insanlar ve başarılı yönetim getirir.

Bu nedenlerle insanlık için demokrasi, demokrasi için hukuk vazgeçilmezliğini her geçen gün daha yoğun olarak gündeme getirmekte dünyadaki tüm iyileştirici, güzelleştirici çabalar bu yönde gelişmektedir.

Dünya barışı da ülkelerin ve devletlerin uluslararası hukuk kurallarına uyması, insan haklarının vazgeçilmezliğini kendileri kadar başkaları içinde kutsal ve dokunulmaz kabul etmeleri ile gerçekleşir ve süreklilik kazanır. Yaşama hakkının kutsal, açıklıktan ve sefaletten kurtulmanın mutlak gerekli, korkudan kurtulmanın insanca yaşamının vazgeçilmez koşulu olarak kesintisiz ve duraksamasız uygulama kazandığı bir dünya, yüzyılların özleminin en asili ve en yücesidir. En üstün yaratık insan bu ortamı kendine layık görmeli ve görmeyenleri adaletili bir sistemle zorlamalıdır ki, yarınlar aydınlık, insanlar esen ve yüzleri güler olsun. Dünyaya gelişin gerçek anlamı da budur. Buna engel olan elleri kelepçeleyen, uzanan dilleri susturan, uslanmayanları toplum dışında yaşamaya mahkum edip hem toplumu koruyan, hem de onu islah eden müeyyideci kurum yargıdır. Bu yönüyle yargı koruyucu ve güzelleştirici bir görev üstlenmenin gururunu taşır. Ancak; bu işlev Adil güvenli eşit ve Hakça yerine getirilebiliyor ve bu olanaklar ve bu ortam yargıya sağlanıyorsa uygarlıktan ve Adaletten söz edilebilir. Aksi halde: yönetimin ve rejimin adı ne olursa olsun, hangi kurum ve kuruluşlar bulunursa bulunsun, hangi maddi ve teknik düzeye çıkılırsa çıkılsın insanların yokluğunu daima hissedip arayışını sürdüreceği bir özlem vardır ki bu da Adalettir-Haktır İnsanca yaşama arzusudur.

Tüm dünyanın özlemini duyup, gerçekleştirme çabasını yoğun biçimde

sürdürdüğü; Hukuk devleti olma ve Hukukun üstünlüğünü sağlama ilkeleri; sonuçta hukukçuların yansız - objektif - bilimsel - tutarlı - doyurucu insanlık onurunu koruyucu - Ülke ve ulus çıkarlarını sağlayıp dengeleyici kararları ile somutlaşır ve gerçekleşir.

Diliyor ve istiyoruz ki; insanlığın sahip olduğu ve olacağı bu erdemlerden Türk Ulusu da doyuya payını alsın, Ülkemiz huzurlu, insanlarımız mutlu olsun...

Bunların gerçekleşmesinde en büyük ve üst görevi yüklenen hukuk mesleğinin mensupları; her uygar ve ergin kişide olması gereken yeteneklere ek olarak, erdemli, deneyimli ve bilgili olmak zorundadır.

Erdem; sağlıklı sonuca ulaşabilmek için gerekli önsezi, sağlam mantık ve kavrayıcı zeka sahibi olmaktır.

Erdem; görevi maddi ve manevi her türlü çıkarın üstünde ve dışında tutabilme karakterliliğini gösterebilmektir.

Erdem; duyguların, hislerin ve her türlü dış etkilerin dışlanabilmesi, dayanıklılığı ve yüceliğidir.

Hukukçudan beklenen, istenen ve olması gereken; objektiflik, yansızlık, sağlıklı yorum ve isabetli sonuç ile tatminkar karar, ancak ve ancak erdemli olmakla gerçekleşir.

Bunun içinde;

1.Soruşturma tam ve önyargısız yapılmalıdır.

Leh ve aleyhteki delillerin tümü, olabirliklerinin hepsini kapsayacak biçimde toplanıp tamamlanmalıdır. Hangi incelemenin ne getireceği konusunda önyargısız gerekli titizlik gösterilmelidir. Çünkü; kesin hüküm ve geri alınmazlığı karşısında bir eksikliğin doğurduğu sorumluluğun ve vebalin tümü yalnız ve yalnız hukukçuya aittir.

Doğruyu ve gerçeği bulma çabası esirgemesiz gösterilerek toplanan verilen yasa terazisinde tartılıp, vicdan ölçeğinden geçirilirse o zaman adeletle hükmedilmiş olunur. Yoksa, bu böyledir... biçimindeki önyargı, hukukçuluk hele hele hakimlik hiç değil, ilkel zabtiyelik olur. Acaba öylemi ki ? sorusunu daima sormalı, kuşkuları giderici kesin cevaba vicdanı huzur içinde ulaşıldığında kanuni değerlendirmeye geçilmelidir. Karardan önce konuşma, peşin görüş açıklama niteliğinde demeç verme, adını kamu oyunu bilgilendirme koyup alel acele ve her rastgelenin yerde ve koşullarda konuşmak hukukçunun, hele hele (Hakimlerin) kesinlikle kaçınması gereken ve mesleğin güvenilirliğini koruma açısından mutlaka uyulması gerekli önemli bir husustur. Hakim; dinler dinler gene dinler, sonra da vicdanının sesini

dinleyerek"GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ" der ve kararında konuşur... Hukuk bunu öğretir, bunu ister, bunu emreder ve bunun yerine getirilmesi, taraflara, kamuya, hukuka ve hakka saygının gereğidir.

2.Yorum sağlıklı ve bilimsel kurallarına en uygun şekilde; hayatın akışı, toplumun yapısı, hukukun amacı, insancıl bir açıdan değerlendirilerek yapılmalıdır. Çünkü hukuk zulüm değil; huzuru, güveni amaçlayan bir kurumdur.

3.Takdir hakkı yetkisi çok iyi kullanılmalıdır.

Bu hak; kesinlikle keyfilik değildir. Bağlayıcı kuralları ve insanî duyguları hiçe saymak asla olamaz. İnsanın ve toplumun adaletten beklentilerinin objektif, şiddetten uzak, sakin, dingin ve akla uygun şekilde değerlendirilmesidir. Öyleyse takdir yetkisi hukukçuya (hâkime) tanınan bir hak olmayıp ona yüklenen en ağır ve sorumlu bir görev işlevidir.

Bu kurallar eğer uyuyorsa, hukukçu mutlu, ve huzurludur.

Bu huzur; Büyük Atatürk'ün dediği; "Dağdaki çobanın gözyaşından yabandaki çiftçinin sabanından, saçır bitmemiş yetimin hakkından oluşan hazinenin korunmasından sorumlu olduğumuzu bilmek" içimizde duymak ve gerçekleştirmekle sağlanır.

Hak! Yüce Tanrının sıfatıdır.

Hak! Kulun beklentisidir...

Hak! İnsanlığın en büyük özlemidir.

Hak! Hukukçunun gerçekleştirmek çabasında olduğu, zorunlu ve onurlu bir görevdir.

Hepinizde ve hepimizde dilerim bu bilinç ve sorumluluk en üst düzeyde olur.

Gençler! Yarınlarda gittiğiniz yurt yörelerinde Hakkın ve Adaletin gerçek temsilcileri olun... Olabiliyorsanız ne mutlu size. Ne mutlu Adil, alim ve Âli hukukçuları olan Milletlere...

Diyorum ki; Ceza hukukunun birkaç ilkesini birlikte tekrar gözden geçirelim...

Örneğin, birçok uluslararası belgede ve yasal düzenlemelerde olduğu gibi; 1961 Anayasamızın 33/4 ve 1982 Anayasamızın 38/6. Maddelerinde aynen "Ceza Sorumluluğu Şahsidir" hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre; toplu sorumluluk yoktur. Cezayı yalnız ve sadece suçu işleyen görür. Ceza suçludan başkasına etki etmemelidir. Ceza, suçlu ve suçluyla kesin sınırlı sonuçlar doğurmalıdır. Yasalar ise; bu doğruları olabildiğince gerçekleştireci içerikte olmalı ve yasa koyucu bunu gerçekleştirme bilincini en üst düzeyde tut-

malıdır.

Uygulayıcı da yazılı metinden ibaret olan yasaları, şekillendirip olaysallaştırmalı, ona can verirken olabildiğince titiz, özenli ve duyarlı olmalıdır ki, ilkeler değerlilik kazansın ve bu değerlilik giderek artsın.

Uzun meslek yaşamında karşılaştığım sayısız olayda bu üstün ilkelerin bile, zaman zaman ve yer yer yetersiz kaldığını, hele bunların ihmalinin ne acılar doğurduğunu soyut anlatmak yerine üç olayın hikayesini sunarak vurgulamayı daha uygun gördüm.

OLAY BİR: Sanık karısı ile ilişki kurduğu zehabına kapıldığı, öğretmen olan kardeşini öldürmüştü. Ölen 28, öldürülen 34 yaşındaydı. Gaziantep 2. Ağır Ceza Mahkemesi olarak sanığa çok uzun süreli cezasını bildirdik. Jandarmaların arasında çıkıp giderken dönüp dönüp salonun büyük kapısına doğru bakıyor ve gözyaşlarını siliyordu. Onun baktığı salonumuzun çıkış kapısı yanındaki köşede zayıf, kuru ve yaşlı bir adam elinde bir şeyler sallıyordu. Yaşları 5-8 arasındaki boynu bükük, avruk çocuklardan üçü bu ihtiyarın bir bacağına ikisi de diğer bacağına sarılmış duruyorlar ve o da bize duyurmak istediği bir şeyler mırıldanıyordu.

– Ne istiyorsun babam? Diye sorunca; bir çaputa bağlı elindeki 6-7 anahtarı sallayarak ve ağlamaklı bir sesle cevap verdi.

– Bu çocukların ikisi toprağın altına, üçü de damın altına giren yavrularımın yavrusudur. Anaları 2-3 ay dayandı ve kocaya gitti. İki evde kapalı kaldı, bunların anahtarlarını kime vereyim? Aş yok, ekmek yok, bu çağalarla ben ne edeyim? ... dedi ve gözyaşlarını kolunun yeni ile silip kanatlarının altına aldığı torunları ile hayalet gibi süzülerek salondan uzaklaş⁺

Bu yaşlı dedeye ben ne diyebilirim ki? Bu ceza kimeydi? Nasıl kişiseldi? Yirmi yıl geçtiği halde; hatırladıkça hâlâ içim sızlar ve hatta yüreğim kanar. Soruyorum bu yaraların çözümü kime düşer ve nasıl çözülür.

OLAY İKİ: Gene 1970'li yılların ortası ve Gaziantep 2. Ağır Ceza Mahkemesindeyim. Seksen yaşını aşkın ve bedenen çok düşkün, beli bükük bir sanığı görevliler sırtında taşıyarak duruşmaya getirip götürüyordu. Bu kişi; ihtiyarlığını ve yalnızlığını fırsat bilip kötü yola düşen, evine getirdiği erkeklerle alem yapan ve iffetsiz bir yaşam sürdüren kızını vurup öldüren babaydı. Yargılamanın sonuna gelmiştik.

– “Mahkeme bitecek ne diyorsun?” dediğimde parmaklıklara tutunarak doğrulup kalktı. Reis bey, bırak beni gideyim, niçin bırakmıyorsun dedi.

– “Ben değil; kanun, devlet bırakmıyor” cevabı verdim. Vermez olaydım. Eğik

belini zorla doğrultup başını kaldıran yaşlı adam:

– Anası bu kıydığım kızımı doğururken öldü. El eline, analığa kalmaması için bugüne dek evlenmedim. Gece yaraları komşu komşu dolaşıp süt emzirttim. Altını elimle temizledim, yemedim yedirdim, giymedim giydirdim, uyumadım uyuttum. Ben onu perme perişan ne hallerde büyütürken senin dediğin o devlet dediğin o kanun neredeydi?... Büyüdü kötü yola düştüğünde arzuhaller verdim, karakollara gittim. 18 yaşını geçmiş biz karışmayız dediler. Namusum bir paralık oldu eleman!... Dedimse de ne o kanunun, ne o devletin sesi çıkmadı da vatandaşı olduğu şimdi mi aklına geldi. Böyle kanun olur mu, böyle devlet olur mu? Diye inledi ve parmaklıkların arkasındaki bankın üstüne külçe gibi yığıldı.

Ertesi oturuma sanığı çağırdığımızda salona jandarmalar ve sanık yerine, başgardıyan girdi ve Mazlum dedenin ölüm kaydı düşürülmüş nüfus kaydını uzattı ve ekledi:

-Beyim, ölürken hep "...Kanunmuş! Adaletmiş! Devletmiş!... hanı ya insanlık!... diye inim inim inledi" dedi...

Düşünürüm, kimeydi bu sorular ? Tüm topluma, hepimize, tüm sorumlularaydı... Aradan onlarca yıl geçti ne yapıldı, ne değişti bilemiyorum.Galiba hiçbir şey...

OLAY ÜÇ : Yargıtay 9. Ceza Dairesinde Daire Başkanımız ve birkaç üye arkadaş birlikte oturuyorduk. İki koltuk değneği ile her tarafı kırıklar ve sargılar içinde perişan, 50-55 yaşlarında canlı cenaze durumundaki bir kişi eşinin yardımı ile adeta sürünerek çıkageldi. Bu haline rağmen ısrar ederek zorla oturttuk. Oturmam estağfurullah deyip oturmamakta direniyordu. Müsaadenizle deyip akıcı bir anlatımla söze başladı...

-Ben Ege Üniversitesinde bir profesörüm, iki yetişkin ve meslek sahibi kız evladım var, yüzlerce öğrencim oldu. Onlara karşı tüm insanî görevlerimi yaptığım kanısındayım. Talihsiz ve ölümlü bir trafik kazasına 2/8 kusurlu katıldım, yargılandım. Olay yeri şehrimde çok uzak ve o dönemde kalkamayacak kadar ağır yaralı olduğum için mahkemeye gitme olanağını dahi bulamadım. Ben hâkim beyin, hâkim bey de benim yüzümü görmedi. 5 ay hapse mahkûm etmiş, paraya çevirmemiş, tecil etmemiş. Bunların hiçbiri önemli değil. Kaderde buda varmış der yatar çıkarım. Ancak; karara "...geçmişteki hali ile ahlâki temayüllerine göre ... TAKDİREN" paraya çevirmeye ve tecile yer olmadığına diye yazmış. Böyle bir mahkeme belirlemesi ile benim ne temiz geçmişim, ne de dürüst bildiğim ahlâkım karalanamaz. Buna ne yasaların, ne insanlığın-ne adaletin-ne de kimsenin TAKDİR dediği yetikisinin gücü yetmemelidir. Karardan bunun çıkarılması dileğimi arza geldim, dedi ve heyecandan yükselen sesi ve yanaklarından süzülen gözyaşları dolayısıyla özür dileyerek, koltuk

değneklerinin tak!... tak!... tak!... sesleri beynimizde ve yüreğimizde yankılanarak odadan çıkıp gitti...

Dairece kararı bu yönlerden oybirliği ile bozduk. Konu Ceza Genel Kuruluna geldiğinde; yargılamayı yapan ve bu yetki mutlak olarak kendisine tanınan hâkim. öyle takdir etmiş, karışamazsınız, biçiminde görüşler ortaya atıldı ise de, büyük çoğunluk daire bozmasını yerinde buldu.

Bu tür olaylarla her karşılaştığımda hep bu sahneleri anımsar ve acaba, cezanın adilliği, kamu ve fert vicdanını tatmini, kişiye uydurulması, bireyselleştirilmesi, kişiselleştirilmesi gibi değerli ve hatta kutsal kavramlar sadece bir takdir sözcüğüne sığınarak, ben böyle düşünüyorum şeklindeki gerekçelerle yok edilebilir mi?...

- Ne mümkün !...

İşte hukukçuluğun san'at yönü, inceliği, bunların isabetle saptanıp bireysel ve toplumsal vicdanın olabildiğince tatmin edilmesiyle gerçekleşir. Çünkü hukuk; sadece hukuk için değil; toplum için, toplumun düzeni ve esenliği için konulmuş kurallardır. Ceza da bu kuralların bekçisidir.

Öyleyse; insancıl duyarlılığını hiç yitirmeden, hiçbir etkene eğilmeden ve yenilmeden, hiçbir şeyden yılmadan, hak için, adelet için, üstün ilkeli bu çabanın neferi olabilen hukukçulara ne mutlu!... Sanıyorum ki saygıların en içtenini ve en soylusunu onlara sunmak toplumun ve insanlığın ebedi gönül borcu olsa gerektir.

Hepinize saygılar ve sevgiler sunuyor, yüreğimin tüm sıcaklığı ile tekrar tekrar tekrar selamlıyorum.

———— oOo ————

YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Doç.Dr. Sami SELÇUK(*)

ANLATIM DÜZENİ: Yargı Neden Bağımsız Olmalı. Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve iki Örnek Ülke. Yargı Bağımsızlığı İçin Öneriler.

YARGI NEDEN BAĞIMSIZ OLMALI?

Ülkemizde yıllardan beri süregelen demokratikleşme arayışlarının son yıllarda çok yoğunlaştığı görülmektedir.

Gündemdeki sorunların boyutları açısından, arayıştaki bu yoğunluk doğal karşılanmalıdır.

Hukukun üstünlüğünü sağlayıcı mekanizmaların sağlıklı biçimde işletilmesi, hiç kuşkusuz, bu arayışın içeriğini oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri, demokrasinin olmazsa olmaz bileşenlerindedir.

Ne ki, ülkemizde bağımsız ve dolayısıyla yansız yargı konusu bugün de çözülmüş değil. En azından tartışmalı.

Ve ben, otuzbeş yıllık yargıç, bu konuda ilk yazımı yirmibeş yıl önce yayımlamışım. Şimdilerde o gündünden daha da gerideyiz.

Üzülüyorum.

Günün birinde yargı bağımsızlığına gerek duyabilecekler, “keşke gerçekleştirseydik” diye yazıklanacaklar için; yargı bağımsızlığının yargıçlara tanınan bir ayrıcalık değil, kendisi için bir gereksinme olduğunun bilincine ulaşamamış kamuoyu için üzülüyorum.

Peki niçin yazıyorum ? Yetkin, saf ve yansız bir adalet için elbette.

Ya kimler için yazıyorum ?

Hangi koşullarda olursa olsun, “adaletin kestiği parmak acımaz” diyecek oranda sağlam inançlılar için yazıyorum. Hz. Ömer’i ya da Fatih’i yargılayan büyük yargıcın yansız yargılamasını ya da sarayının bahçesini genişletmek için “arazini zorla alırım”

(*) Yargıtay 4.CD. Başkanı

Ama sınırlı da olsa yargıcın elindeki güç gerçekten büyüktür. O yüzden de bütün siyasal iktidarlar bu gücü ele geçirmek istemişlerdir. Yakın çağlara dek, toplumun başındakiler aynı zamanda yargıçtırlar. Bu karanlık dönemler geride kalmıştır. Çünkü ne zaman yargıya politika girmişse adalet kirlenmiştir.

Öyleyse yapılacak iş bellidir.

Egemenliğin biricik kaynağı olan halk adına yargılama yapan organ, özellikle yasama ve yürütme karşısında bağımsız kılınmalıdır. Devlet denilen dev gücü sınırlamanın, yansız adaleti sağlamanın biricik yolu budur. Jakoben yönetimden hukukun üstünlüğüne yaslanan devlete evrildikçe devlet gücü gerilemiş ve küçülmüş, hukukun gücü ilerleşmiş ve çoğalmıştır. Tarihsel gelişimin yasası budur.

Demokratik ülkelerde devletin yasama ve yürütme organlarının işlemlerini, görevlilerle sade bireylerin eylemlerini hukuk süzgecinden geçirerek arıtan yargı mekanizmasının hukuka uygun ve sağlıklı biçimde işlemesi, toplumsal yaşam açısından zorunludur. Çünkü yargı; her türlü işlem ve / yada eylemler konusunda, hukuk adına son sözü söyleyen ve bu açıdan eşitler arasında birinciliği elinde tutan erktir. Bu erkin önceliğini vurgulamak için "eşitler arasında birinci " denmesinin temel nedeni budur.

Görülüyor ki, devlet ya da toplumda yer alan sıcak titreşimlerle ilgili hiçbir güç odağından ya da kaynağından etkilenmediği için bağımsız; yarın kaygısı taşımadığı için güvenceli; bağımsız ve güvenceli olup salt hukuk bilinciyle hükümler kurduğu için yansız bir yargı; demokratik rejimde yargı etkinliğini yürütenler için bir ayrıcalık değil, devletin sağlıklı, toplumun dingin, bireyin mutlu olması için, insanlığın bulduğu en gerçekçi ve görkemli biricik umardır (çaredir)/ sığınaktır.

Bir ülkede bağımsız ve güvenceli yargının var olup olmadığı ve dolayısıyla yansız adaletin gerçekleşip gerçekleşmediği kuşkulu ise , o ülkede tartışma; rejimin içinde değil, üzerindedir.

Evet, yargıyı bağımsız ve yansız kılmalıyız.

Kuşkusuz, yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi, yansız yargı / adalet birbirlerine bağlı iç içe üç kavramdır. Düzenlemede bu temel dayanak asla unutulmamalıdır.

Çoğu demokratik ülkelerde, bağımsız ve güvenceli, dolayısıyla yansız yargıya ulaşabilmek için, ister atanmış, ister seçilmiş olsun, yargılama etkinliğini sürdürenlere uygulanmak üzere, görevlerinin özelliği nedeniyle, öbür görevlilerden farklı olarak, anayasal katta düzenlemelere gidilmiştir.

Uygur ülke anayasalarında ve tarihsel süreçte, yargının bağımsız ve güvenceli olması için, çeşitli dizgeler geliştirilmiş ve denenmiştir.

Yargıçların; halk, yasama, yürütme tarafından seçilmelerinin sakıncaları yaşanmış ve parlamenter demokratik ülkelerde genellikle yargının kendi kendini yönetmesi temeline dayalı, karma seçimli bir kurulca yargı bağımsızlığının sağlanması çizgesi benimsenmiştir.

TÜRKİYE'DE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE İKİ ÖRNEK ÜLKE:

Gelişmiş ülkelerden esinlenen Tanzimat Osmanlısı ve Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında da yargı bağımsızlığı konusunda kimi hükümlere rastlanmaktadır.

Ne var ki, ülkemizde yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, dolayısıyla yansız yargı /adalet arayışları bir türlü bitmemiştir.

Ülkemiz, bu konuda 1961 Anayasasının benimsenmesinden sonra, önemli deneyimler yaşamıştır. Kurula üye seçimlerinde yasama ve yargı, yürütme ve yargı, yargıçlarla savcılara ilişkin kurulların ayrılması, ayrı kalemiyle salt yargının seçtiği bağımsız kurul dönemleri yaşanmış; bugün de Adalet Bakanlığı içinde yer alan, adli ve idari yargıyı birleştiren, ayrı bütçesi ve kalemi olmayan, kararları yargı yoluna kapalı, üye seçiminde yargı ve yürütme (Cumhurbaşkanı) formülünü benimsemiş, oluşumunu yürütme (Adalet Bakanı ve Müsteşar) ve yargıyla paylaşmış bir dönem yaşanmaktadır.

Hemen vurgulamak gerekir ki, 1980'li yıllardan beri süren bu son dönem, siyasal partiler dahil, ne yargı ve dolayısıyla ne de toplumumuz ve insanımız için doyurucu olmuştur. Bu yüzden de tartışmalar rejimin niteliğine ve üzerine kaymıştır. Çünkü 1980'li yıllarda yargı vurgun yemiştir.

Bunun nedeni bellidir. Hüner, demokrasinin olmazsa olmaz koşullarını anayasalarda yineleyip durmakta değil, onlara yaşam kazandırmaktadır. Bu gerçekleştirilmediği sürece, tartışmayı rejimin içine çekmek zorlaşacaktır.

1961 Anayasası, bağımsız yargı konusunu, yargıçların seçtikleri bir kurulla çözmüştü. Kurulun bölümlerinden başka, ayrıca müfettişleri, kalemi, dolayısıyla ayrı bir çalışma yeri vardı.

1982 Anayasası, yargı yetkisinin (doğrusu, erkinin) bağımsız mahkemelerce kullanılacağını, (md.9), yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını, hiçbir organın yargı erkini kullanırken yargıçlara telkinde bile bulunamayacaklarını, görülmekte olan davalarla ilgili görüşler ileri sürülemeyeceğini (md.138, Basın Y.md. 30), bütün erklerin ve organların yargı kararlarına hemen uyacaklarını (md.138), kişisel kaygıları aşabilmek için yargıçlık / savcılık güvencesi sağlanacağını (md.139), yargıçların bağımsızlık ve yargıçlık güvencesi ilkelerince görev yapacaklarını (md.140) hükme bağlıyor.

Bütün bunları sağlamak için Anayasanın önerdiği çözüm ise şudur: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu. Kurul, yargı bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkelerine göre kurulacaktır (md.159/1).

Acaba öyle mi ?

Hayır. Çünkü bu güzelim dileklerin ve ilkelerin icabına aynı Anayasanın 159. maddesinin 2. ve 4. fıkralarıyla daha kurul doğmadan bakılmıştır.

Gerçekten, ikinci fıkraya göre yürütmenin içinde bulunan Adalet Bakanı kurulun başkanı, onun buyruğundaki Müsteşarı doğal üyesidir. Her türlü girişim bu iki kişinin elindedir. Kurulun üçü Yargıtaydan ve ikisini Danıştaydan gelen asıl üyelerini; bunların yokluğunda yerlerine geçecek yedek üyelerini, yürütme içinde yer alan Cumhurbaşkanı seçmektedir. Müsteşarın yerine geçecek yedek üye olmadığından, onsuz Kurulun toplanabilirliği kuşkuludur. Dördüncü fıkra ile yönetsel kurulun işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmıştır.

Girişim gücü Adalet Bakanına ve Müsteşarına teslim edilen, oluşumu çoğu kez bu iki kişiye danışan Cumhurbaşkanının politik yeğlemelerine dayanan; yargıdan gelen üyelerini danışman durumuna düşüren; Müsteşarı onsuz olmaz bir öge yapan bir Kurulun bağımsızlığı, tek sözcükle, elbette aldatmacadır.

Bu konuda sık sık verilen Fransa ve İtalya örneklerine gelince: Fransa'da 1993'ten önce Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 9 üyesinden ikisi Yargıtay üyeleri, biri başsavcı yardımcısı (ki orada Yargıtay üyesi düzeyindedirler), biri Danıştay üyeleri, üçü ilk ve üst mahkemeler yargıçları, ikisi hukukçu olmayan kimseler arasından 4 yıl için Cumhurbaşkanınca seçilirdi. Yargı üç kat aday gösterirdi (md. 64, 65). Bugün 1958 Fransız Anayasasına göre halkça seçilen Cumhurbaşkanı, yargı otoritesinin (Fransa'da öğretiyeye göre otorite) bağımsızlığını sağlamakla yükümlüdür, bu yüzden Kurulun başkanıdır. Bu bir. Cumhurbaşkanı, Başkanvekili olan Adalet Bakanına karşı her an bu yükümlülüğü nedeniyle tetiktedir. Bu iki.

Yargıtay başkan ve üyeleriyle başsavcı ve savcı yardımcılarının seçim, atanma, yükselme, disiplin işlerinde yetkili olan Kurul, kimileyin, bu yerlere üç değil, tek aday göstererek Cumhurbaşkanını o kişiyi seçmeye zorlamaktadır. Zaman zaman kullanılan bu yola, cumhurbaşkanları, yargıya saygı gösterdiklerinden, hiç ses çıkarmamaktadırlar. Bu üç.

Ne var ki, bu hukuksal ve eylemsel güvenceler de yetmemiş, kurulduğundan beri Kurul üyelerinin Cumhurbaşkanınca seçilmesi, Bakanın Kurula katılması Fransa'da şiddetle eleştiriliyordu. Sözgelimi, Cumhuriyetçi Parti Başkan Vekili Alain Madelin, bir yazısında hukuk devletinde böyle bir Kurulun olamayacağını, hukukta devletçilikten hukuk devletine geçmek için Kurulun bağımsız olması gerektiğini vurgula-

mıştı (De l'etatisme a l'Etat de droit, Le Monde, 4.5.1991). Eski cumhurbaşkanlarından G. d'Estaing ile eski başbakanlardan ve şimdilerde Cumhurbaşkanı olan J. Chirac, iktidara geldiklerinde Kurulun Cumhurbaşkanının basit bir danışmanı olmaktan çıkarılacağını, 9 üyeden altısının Yargıtay, üst ve ilk mahkemelerce, birinin Danıştay'ca, birinin üniversite profesörlerince, birinin avukatlarca seçileceğini belirtmişlerdi (Le Monde, 24.5.1991).

Fransa'da eleştiriler etkili oldu ve politikacı sözünde durdu. Fransız Anayasasının 65. maddesi, 25.7.1993'te değişti. Bugün Fransa'da durum şöyledir: Yargıçlar ve C. Savcıları için iki ayrı kurul vardır.

Yargıçlar için kurul, yargının seçtiği beş yargıç ve bir C. Savcısı ile Danıştay'ın seçtiği bir Danıştay üyesi, Cumhurbaşkanı, Ulusal Meclis ve Senato Başkanlarının seçtiği birer üyeden oluşmaktadır.

C. Savcılarıyla ilgili kurul için de benzer durum söz konusudur. Ancak, bu kez beş C. Savcısı ve yargıç yer almaktadır.

Her iki kurulun da başkanı Cumhurbaşkanı ve başkanvekili Adalet Bakanıdır.

Disiplin kurulu olarak çalıştıklarında, Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı kurullara katılmamakta; yargıçlarla ilgili kurula Yargıtay Birinci Başkanı, c. savcılarıyla ilgili kurula Yargıtay C. Başsavcısı başkanlık etmektedir.

İtalya'ya gelince: İlk kurulduğunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 24 olan üye sayısı, bugün 32'dir. Onu Senato ve Meclisçe avukat ve profesörler arasından; yirmisi Yargıtay, üst ve ilk mahkemelerden yargı organınca seçilir. Danıştay'dan üye seçilmez. Yargıtay Birinci Başkanı ve C. Başsavcısı Kurulun doğal üyesidir. Demek, Kurul üyelerinin çoğunluğu yargı tarafından belirleniyor. Bu bir. Kurulun başkanı Cumhurbaşkanı ise de, çalışmalara Kurulu onurlandırmak için ve yılda birkaç kez katılıyor. Bu iki. Üçüncüsü de, olası dedikoduları önlemek için Kurul toplantıları, gün ışığında demokrasi ilkesinin gereği olarak, kamuoyu önünde, açık yapılıyor ve böylece işlemlere yargıya yabancı öğelerin, bu arada politikanın sızması önleniyor. Nitekim, 20 Eylül 1984'te Kurulun bir toplantısını gözlemlemiştim. Roma Hukuk Fakültesi'nde medeni hukuk profesörü ve adliyesinde yargıç olan Antonio Martone, bize uzun uzun bilgi vermiş ve bir gün Cumhurbaşkanı Pertini'nin başkanlığında toplandıklarını anlatmıştı.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI İÇİN ÖNERİLER:

Nasıl yapmalı?

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin yansız bir yargıyı/adaleti gerçekleştir-

mek zorunluluğu ve daha önceki yazılarda değinilen temel ilkeler benimsendikten sonra;

1- Yaşanan deneyimler, önyargısız ve nesnel biçimde değerlendirilmeli; kurumlar kişilerin yanılıklarına kilitlenmemelidir.

2- Karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmalıdır. Ancak, yararlanılırken;

a) Kurumlar, hukuk dizgesinin bütünü ve koordinatları içinde değerlendirilmeli, özetle karşılaştırmalı hukukun bilimsel araştırma yöntemine uyulmalıdır.

Yabancı ülkelerdeki dizgelerden elbette esinlenilecektir.

Ancak, daha önceki yazımda belirttiğim üzere, Faransa'dan esinlenilirken, yarı başkanlık rejimi, Cumhurbaşkanının yargı bağımsızlığının güvencesi (Anayasa, md. 64), uygulamada yargıya ve özellikle Yargıçlar ve Savcılar Kurulu kararlarına karşı geleneksel olarak çok saygılı olduğu unutulmamalıdır.

İtalya'da ise "gün ışığında demokrasi'nin ilkeleri geçerlidir. Kurul kararları açık oturumlarda tartışılarak alındığından, herkes ciddi, ve nesnel olmak zorundadır.

Bunlar ve uygulama gözetilmeden yapılacak düzenlemeler, dizgenin iç tutarlılığını örseleyecek, yeni yakınmalara yol açacaktır.

Bu nedenle yabancı ülkelerdeki örneklerin işine gelen yanı öne çıkarılarak, gelmeyen yanı örtülerek bulunacak formüller yanlıştır.

b) Esinlenen ülke toplumunun hukuk bilinciyle yargı bağımsızlığını/güvencesini/yansızlığını örseleyici davranışlara karşı kamuoyunun duyarlılık ve yasama ile yürütme üzerindeki baskı katsayısı gözetilmelidir. Bu yüzden oralarda yargıya politika kolay kolay sızamıyor.

Buna iki örnek vermek isterim.

1966 yılında Fransa'da Cezayir kurtuluş savaşı önderlerinden Ben Barka öldürülmüştü. Zamanın Adalet Bakanı sorgu yargıcası Casamayor'a, kamuoyunun duyarlılığını gözterek davanın çabuklaştırılıp bitirilmesini bildirmişti. Yargıcası Casamayor, takma adla bunu Le Monde'da duyurdu. Adalet Bakanı yargıcası görevden alınca ve disiplin cezası için Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunu toplantıya çağırınca Fransa'da kıyamet koptu.

İkinci olay İtalya'da yaşanmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sona erince, İtalya'da yapılan halkoyuyla krallık rejimine son verildi ve Cumhuriyetin Anayasasını hazırlamak üzere bir Kurucu Meclis (Costituente) oluşturuldu. Devlet Başkanlığına da geçici olarak bir Hukuk Profesörü olan De Nicola getirildi. Anayasanın kabulü üzerine seçimler yapıldı. Prof. De Nicola görevini ilk Cumhurbaşkanıya bıraktı ve kendisi yeni Anayasayla kurulan Anayasa

Mahkemesinin Başkanlığına getirildi. O sırada İtalya'da faşizmden kalma "zorunlu sürgün: foglio di via obbligatorio" Yasası geçerli idi. Buna göre doğduğu kentten başkasına giden ve orada bir iş sahibi olmayan bir kimseyi vali doğduğu kente geri gönderebiliyordu. Bu buyruğa uymamak suçtu. Sol partilerden biri, bu Yasanın özgürlüğü sınırladığını ileri sürerek iptal davası açtı ve Anayasa Mahkemesi Yasayı iptal etti. Bunun üzerine Başbakan De Gasperi Mecliste bu karara uymayacağını, Yasanın büyük kentlerde dirliğin, düzenliğin sağlanması, işsiz güçsüz insanların bir takım olaylar çıkarmalarının önlenmesi bakımından gerekli olduğunu açıkladı. Bunun üzerine De Nicola bir bildiri yayımlayarak De Gasperi'yi ağır bir dille eleştirdi ve Hükümet Anayasa Mahkemesinin kararına uyuncaya değin bu Mahkemenin hiç bir davaya bakmayacağını, hatta Roma'dan ayrılıp Napoli'ye taşınacağını açıkladı ve dediğini de yaptı.

Bunalım büyüdü, grevler yayıldı. Bütün kamu hizmetleri durdu. Sonuçta Başbakanı De Gasperi iptal kararına uyulacağını açıkladı ve Anayasa Mahkemesi Başkanı de Nicola'dan özür diledi. Anayasa Mahkemesi de Roma'ya dönerek görevine başladı.

Özetle, Batı toplumunun yargı bağımsızlığı konusundaki bu duyarlılığı onu yeterince güvence altına alıyor. Yazılı hukuk düzenlemesi, bu duyarlılığın gerisinde kalırsa bile, orada yargı bağımsızdır, yarınından emindir.

Son bir örnek: Geçen yüzyılın sonunda yaşanan Dreyfus davası ve Emil Zola'nın adalet savaşımı, Fransız tarihinin en önemli dönüm noktalarından biridir.

Ya Mithat Paşa davası? 2396 yıl önce ölüm cezasına çarptırılan Sokrates'in nasıl hüküm giydiğini biliyoruz. Ama Mithat Paşa'nın nasıl yargılandığını bile bilmiyoruz.

O günden bu yana ne değişti ki?

Bir ülkede Adalet Bakanı ayrılış konuşmasında "adalete müdahale etmediğini" övünerek söyleyebiliyor ve bunu bir erdem olarak sunabiliyorsa; bu sözlere karşı kimseden çıt çıkmıyorsa, o ülkede yargının bağımsız ve bu konuda kamuoyunun duyarlı olduğu ileri sürülebilir mi?

İşte Batı, işte Doğu.

Kararı sizler verin.

Ne yapmalı?

Nasıl yapmalı sorusu çözüldükten sonra, ne yapmalı sorusuna yanıt verilirken:

1- Hakimler ve Savcılar Kurulu dizge olarak sürdürülmelidir.

Çoğu ülkelerde benimsenen adlandırma böyle ise de, Yargı erki Genel Kurulu

(İspanya, 1978), Yargı Erki Ulusal Kurulu (Polonya, 1989) biçimindeki adlandırmalara da rastlanmaktadır.

1961 ve 1982 Anayasalarındaki adlandırmalara oranla bu sonuncuların adli ve idari yargıyı içerecek kurulları da kapsayıcı ve kavrayıcı nitelikte oldukları gözetilerek, bir yargı reformu bağlamında kurumun adı, kanımca "Yargı Erki Ulusal Kurulu" olarak değiştirilmelidir.

2- Yargı bağımsızlığını, güvencesini ve yansızlığını sağlayacak olan böyle bir kurul ile yasama ve yürütmenin yan yana çalışmaları çatışma değil, eşgüdüm temelinde biçimlenmelidir.

Bunu sağlayabilmek için:

a) Oluşum açısından;

aa) Kurulda yüksek yargı organlarının başkan ve c. başsavcıları doğal üye olarak bulunacaklarsa sayısal ağırlık seçimle gelenlerde olmalıdır.

bb) Kurul, adli ve idari olmak üzere iki alt-kurula ayrılmalıdır.

cc) Kurulda, Adalet Bakanlığı Müsteşarı gibi yönetimden gelen bir görevli asla bulunmamalıdır. Toplumda görülen bu yöndeki uzlaşmanın yasama ve yürütme çevrelerinde benimsenmiş olması olumlu bir adımdır.

çç) Kimi ülkelerde, adalet bakanlarının bu tür kurullarda yer aldığı görülmektedir. Adalet bakanlarının meclis dışından seçilebildikleri ülkeler açısından gözetildiğinde, bu durumun halk egemenliği ilkesinin yansıtılması kaygısıyla bir ilgisi olmadığı açıktır. Başlıca nedeni, yürütme organının yargı erkinin gereksinmelerini yakından izleyebilmesidir. O yüzden 1961 Anayasası Adalet Bakanının, toplantıya katılmasını benimsemiş ve fakat ona oy hakkı tanımamıştır. Yargı bağımsızlığının eşyanın doğası gereği yürütmenin bir mensubu, dolayısıyla bunun en azından bağımsızlığı gölgeleyen bir katılma olduğu gerçeği, mutlaka gözetilmelidir.

Nitekim, uygar ulusların geçirdikleri deneyimlerden yararlanmış ve demokrasiye yeni geçmiş ülkelerin çoğunda, adalet bakanları kurullardan dışlanmışlardır (Polonya, Hırvatistan, Slovenya, Portekiz İspanya).

Öte yandan, Fransa örneği gibi kimi ülkelerde, adalet bakanlarının Kurulda yer almasının eleştirildiği göz ardı edilmemelidir. Oysa, bu ülkede cumhurbaşkanları Kurulun bağımsızlığından sorumlu kılınmışlar; bu konuda başbakanlar ve bakanlar duyarlı ve etkili bir kamuoyunun sürgit denetimine tabi tutulmuşlardır. Daha önce değindiğim ben Barka olayını, İtalya'da Başbakan De Gasperi'nin başına gelenleri biliyoruz.

Kanımca, Adalet Bakanı Kurulda bulunmamalıdır. Bulunmasında direnildiği tak-

dirde, 1961 Türkiye ve 1991 Bulgaristan düzenlemelerinde görüldüğü gibi oy hakkı olmamalıdır.

dd) Yürütmenin içinde bulunan Cumhurbaşkanı'nın üye seçme yetkisi de kaldırılmalıdır. Nitekim bu düzenleme, daha önce belirttiğim üzere Fransa'da ağır eleştirilere uğramış; 25.7.1993'te Anayasa değiştirilerek Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisi kaldırılmıştır.

Cumhurbaşkanlarının halk tarafından seçildikleri, yarı başkanlık dizgesinin benimsendiği, Devlet Başkanının yargı güvencesini sağlamakla yükümlü (Fransız Anayasası, md. 64) ve kamuoyunun güçlü olduğu bir ülkede bile sakıncalı bulunan bir anlayışın Türkiye'de benimsenmesi düşünülemez. Eğer Cumhurbaşkanı'na böyle bir yetki verilmesinde direnecekse; bu bir iki üye seçimiyle sınırlı olmalı, yargı tarafından seçilenler konusunda ise hiç bir yetkisi bulunmamalıdır.

Bu konudaki yasal düzenlemelerde bu örnek ve Fransa deneyimi değerlendirilmeli, Cumhurbaşkanı'nın atama yetkisinin, Fransa'da bile Kurul üyelerinin bağımsızlığına gölgeler, kuşkuvar düşürdüğü unutulmamalıdır. (L' Administration du corps judiciaire: Role du Conseil supérieur de la magistrature et/ou du Ministre de la justice, (Rapport presente par M. Jacques Beuame. Le Role du Conseil supérieur de la magistrature, actes, Reunion multilaterale organisee par le Conseil de l' Europe en collaboration avec le Conseil general du pouvoir judiciaire d' Espagne, Madrid, 9.11 nov. 1993, 1995, s. 159-164.

ee) Yasama organının üye seçmesi de yerinde değildir. Üye adaylarının siyasal partilere yakın görünmeleri, özü açısından böyle bir seçimin yargıyı örseleyici kimi davranışlara yol açması, yargının siyasallaşması olasılığı, yargı bağımsızlığını gölgeleyecektir.

Partiler ve günlük siyaset üstü bir Cumhurbaşkanı'nın bile üye seçiminde yetkili kılınmasının sakıncalarını yaşamış bir ülkede, yasama organına yetki tanımak elbette düşünülemez. Düşünülmemelidir de.

Türkiye, yaşadığı bir deneyimi yeniden yaşamak zorunda kalmamalıdır.

ff) Kurul ve alt-kurullar, başkan ve vekillerini kendi içinden seçmelidir.

b) Çalışma açısından;

aa) Kurulun ayrı bir bütçesi ve kalemi olmalıdır.

bb) Kurul başkanı, başkan vekili ve üyelerinin seçildikleri andan başlayarak dönemsel görevleri bitinceye değin, eski görevleriyle ilişkileri kesilmeli ve yeniden seçilmemejdirler.

cc) Yargıyla ilgili her işlemde girişim gücü Kurulun olmalı, yargının işleyişinin de-

netimini yapanlar Kurula bağlı bulunmalıdır.

c) Kurul kararlarına karşı yargı yol açısından; -

Kurul kararları yönetsel niteliktedir. Her yönetsel işlem gibi yargı denetimine açık olmaları kuraldır. Bu Anayasanın gereği (md 125) ve hak arama özgürlüğünün belirleyici sonucudur (md. 36). O yüzden, Kurulun kendi içinde yürütülecek denetim yolları tüketildikten sonra, işlemlerine karşı yargı yolunun açılması zorunludur.

Kurulda yer alanların çoğunluğunun yüksek yargı organlarından gelen yargıç niteliğinde olması, işlemin özünü değiştiremez; onu yargı kararına dönüştüremez. Bir eylem ya da işleme karşı yargı yolunun açılması gerekip gerekmediğini, işin özü belirler, orada görev yapanların mesleki nitelikleri değil.

Bundan başka, kurulda yer alanların çoğunluğunun yargıç niteliğini taşıması, yanılığa karşı kesin değil, görelî bir güvencedir. Yanılığa karşı güvenceyi kesinliğe yaklaştırabilmek ve hukukun üstünlüğünü/önceliğini sağlayabilmek için, kanımca genel kurala uyulmalı, bu konuda yönetsel yargı organları yetkili kılınmalıdır.

İşlemleri yönetsel olan bir Kurulun yargıçlarının niteliklerine bakılarak işlemlerinin hukuka uygun olduğu postülası ikiyüzlü bir sofizmdir. Çünkü buradaki tasım (sylogisme) şudur: Yargıçlar yanılmazlar/Kurul üyelerinin çoğunluğu yargıçtır /Öyleyse Kurul da yanılmaz. Bu şuna benzer: Uçan her şey kuştur /Uçak da uçar /Öyleyse uçak da kuştur. Bu iki tasımda da ilk büyük önerme ve dolayısıyla sonuç da yanlıştır. Bu yanılığılı tasımlamaya mantıkta sofizm/paralojizm denilmektedir. İkiyüzlülüğü de şundan: sanki bu günkü kurul bağımsızmış girişim gücü yargıçların elindeymiş gibi eski deyişle "suret-i haktan" görünmesinden ve yargıçları /c. savcılarını en hafif deyişle uyutmaya çalışmasından.

Yargı yolları, işlemlerin/eylemlerin hukuksal değerlendirilmesini yaparlar. Denetleyeni denetlenenin üzerine çıkarmazlar. Öyle olsaydı. Anayasa Mahkemesi yasananın; Danıştay yürütmenin üzerinde olurdu. O nedenle denetleme, denetleyen organla denetlenen organın bir çatışması olarak algılanmamalıdır. Yargı yolu yalnızca, eylem ve işlemleri hukuka uygun kılmak için bir süzgeçtir. Nitekim, yargı organlarının kararları bile olağan ve olağanüstü yollarla denetlenmektedir. Yargıtayın ceza dairelerinden birinin kararını bir başka daire, itiraz mercii olarak incelediğinde, itirazı yerinde görürse, o konuda kendisi gereken kararı verir. Bir daire kararına karşı Yargıtay Genel Kurullarına gitmek olanaklıdır. Burada denetleyen merciler denetlenen dairelerin üzerinde midir. Elbette hayır. Hak arama özgürlüğü sürecinde, olası bir yargısal yanılığın en alt düzeye indirmek ve aynı eylem/işlem hakkında birden çok yargıcın yargılamaya katılarak daha doğru ve nesnel bir karara ulaşmak amaçlanmıştır. Hepsî bu.

Dahası, İtalya'da Anayasa'nın 111. ve 113. maddeleri uyarınca Kurul kararlarına karşı yönetsel yargı yolu açıktır. Cumhurbaşkanı, Yargıtay Başkan ve Yargıtay C. Başsavcısının katıldığı kararlar yargı yolundan geçmektedir.

Fransa'da da durum aynıdır, Kurul disiplin cezası vereceği zaman, yargıçlar içinse Yargıtay Birinci Başkanının, C. savcılarını içinse Yargıtay C. Başsavcısının başkanlığında toplanmaktadır. Verilen kararlara karşı Danıştay yolu açıktır.

Görüldüğü gibi bu ülkelerde, astlık-üstlük, yüksek yargıçlık gibi öznel ve duygusal düşünceler kimsenin aklına gelmemiş; nesnel, akılcı ve hukuksal düşüncenin gereklerine uyulmuştur.

———— oOo ————

JANDARMA DEVLET YERİNE SOSYAL DEVLET

Ömer Uğur GENÇCAN(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Birinci Bölüm. Kavram Olarak Sosyal Devlet.

1- Sosyal Devlet Sistemi Nedir? I- Genel Olarak. II- Sosyal Devlet- Sosyalist Devlet Ayırımı. İkinci Bölüm. Tarihsel Gelişim.

2- Sosyal Devlet Sisteminin Ekonomik Gelişimi. I. Kapitalizm Öncesi. A- Merkantilizm. B- Fizyokratlar. II. Liberal Kapitalizm. A- Klasik İktisat. B- Liberal Devletin Ekonomiye Müdahalesi. III. Tekelci Kapitalizm. Üçüncü Bölüm. Sosyal Devlet Sistemi.

3- Sosyal Devlet Sisteminin Oluşumu. I. Genel Olarak. II. Sosyal Devlet Sistemini Yaratın Koşullar. Sonuç.

GİRİŞ

Siyasal iktidarlarca "kamu düzeni"ni koruma gerekçesiyle ekonomik ve sosyal hayata şu veya bu şekilde müdahalelerde bulunmaktadır. Siyasal iktidarlar bu müdahalelerine birbirlerinden farklı anlam yükleyerek icraatlarını sürdürmektedir. Sosyal devletin "ekonomik müdahaleler devleti" olarak tanımlandığı gözönüne alındığında bu sistemi müdahaleye yönelten nedenlerin diğer sistemlerden ayırtedici özellikleri nelerdir? Sosyal devlet neden müdahale etmektedir? Müdahalesindeki amacı nedir? Klasik "Jandarma Devleti" neden "Sosyal Devlete" dönüşmüştür?

Konumuzu üç bölüm altında inceleyeceğiz. Birinci bölüm kavrama ilişkin olup bu bölümde sosyal devlet sisteminin anlamını ve diğer ayrımlara göre izahını yapacağız.

İkinci bölümde ise sosyal devlet sisteminin ekonomik gelişimine tarihsel açıdan bakarak günümüze gelene kadar ekonomiye müdahale sürecini gözden geçireceğiz. Son bölümde bu ekonomik süreç içerisinde sosyal devlet sistemini meydana getiren nedenleri açıklamaya çalışacağız.

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hâkimi

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM OLARAK SOSYAL DEVLET

1- SOSYAL DEVLET SİSTEMİ NEDİR?

I. GENEL OLARAK

“Sosyal Devlet” genellikle vatandaşlarının sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı ödev bilen devlet olarak tanımlanmaktadır.

Böyle bir tanımlama, batı toplumlarında çoğunlukla “refah devleti” denen devlet anlayışından farklı değildir. İngilizce “welfare state” sözünden çevrilen bu terim, güttükleri ekonomik politika serbest rekabet esasına da dayansa, sosyal güvenlik yasaları, sosyal sigortalar ve başka önlemler yoluyla vatandaşlarına asgarî bir yaşama düzeyi sağlayan devletler için kullanılıyor.(1)

Ancak bu tanımlama Batı toplumları için geçerli sayılabilecektir. Şöyle ki:

Batı’da “refah devleti” anlayışı yerleştiği zaman, o toplumlar ekonomik kalkınmalarını zaten gerçekleştirmiş bulunuyorlardı. Böyle bir toplumda bütün sorun, zaten çoğalmış olan ulusal geliri daha iyi paylaşmaktan ibaretti. Bu bir takım sosyal güvenlik önemleri olarak mümkün olmaktadır.(2)

Ne var ki, az gelişmiş ülkelerde sosyal güvenlik önemleri olarak sosyal devlet ikisi gerçekleştirilemez. Bu ancak “hızlı kalkınma” politikaları ile temin edilebilir.

Kalkınma nedir? Kalkınma, az gelişmişlik koşullarının ortadan kaldırılmasıdır. Ulusal gelirin, sosyal sınıflar arasındaki bölüşümü ile kalkınma ölçümlenmektedir.

Kalkınma bu nedenle bir “bölüşüm” sorunudur. (3)

Hızlı kalkınmanın gerçekleştirilebilmesi için de devletin ekonomiye “müdahale”si gereklidir.

Ekonomik yönden sosyal devlet kısaca, “ekonomik müdahaleler devleti” olarak tanımlanmaktadır. Ekonomik alana müdahale sosyal devlete özgü bir durum değildir. Her devirde, her sistemde siyasal iktidarlar ekonomiye müdahalede bulunmuştur.(4)

Sosyal Devletin, kapitalizm ve kolektivizm dışında, her ikisinin bir sentezi olarak somutlaşması olanaklı ise de kendisini doğuracak, tezin ve antitezin henüz kendi yapılarındaki sakatlıkları giderememiş olmasından, sosyal devletin tam açık bir ya-

(1) SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1992, s. 231.

(2) TANILLI, Server, Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 1990, s. 150.

(3) TUNAYA, Tark Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1975, s. 733.

(4) GÖZE, Ayferi: Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul, 1976, s. 63.

pıya kavuşmadığı söylenmektedir. (5)

Herşeyden önce şu nokta açıkça belirtilmelidir ki sosyal devlet sistemi değişik ekonomik sistemler arasında "kapitalist ekonomi düzeni" içinde yer almaktadır.(6)

Bunun nedenlerini sırası geldiğinde açıklayacağız.

II. SOSYAL DEVLET-SOSYALİST DEVLET AYIRIMI

"Sosyal" sözcüğü kendisine değişik anlamlar verilebilen bir deyimdir. Bu nedenle sosyal teriminin kapsamı bilinmezler ve kuşkuyla doludur. Sosyal terimi sosyalizm ile karıştırılmaktadır. Sosyal devletin sosyalist devlet olmadığı açıktır.

Zira sosyal devlet, sosyal sınıfların varlığını kabul eder. Sosyal devlet, anayasa yoluyla sosyal sınıflar arasında dengeyi sağlayacak olan, sosyal adaletle ilgili hukuk ilkeleri koyarak siyasi iktidara yol gösterir.(7)

Buna karşılık, sosyalist devlet, anayasasında iktidarı işçi sınıfının egemenliği olarak tanıyan devlettir. İşçi ve köylü sınıfından başka hiçbir sınıfın iktidarda hakkı yoktur.(8)

Öte yandan sosyal devlet sisteminde özel mülkiyet ve özellikle bireylerin üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet ilkesi korunmuş olup bireylere çalışma özgürlüğü, dilediği iş ve mesleği seçme özgürlüğü tanınmış ve özel teşebbüsün varlığı yasal güvence altına alınmıştır.(9)

İKİNCİ BÖLÜM TARİHSEL GELİŞİM

2- SOSYAL DEVLET SİSTEMİNİN EKONOMİK GELİŞİMİ

Ekonomik hayata yapılagelen müdahalelerin tarihsel gelişim çerçevesinde nitelikleri, hangi amaca dayalı olduğu açıklanarak sosyal devlet sisteminde ekonomik hayata müdahalenin niteliğini de bu suretle diğerlerinden farklılığına da açıklık getirmiş olacağız.

I. KAPİTALİZM ÖNCESİ

Sosyal devlet, kapitalizmin iradesi dışında, objektif koşulların ürünü olarak orta-

(5) TUNAYA, Tarık Zafer: a.g.e., s. 738.

(6) GÖZE, Ayferi: a.g.e., s. 63.

(7) SARICA, Murat, 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, İstanbul, 1993, s. 208,

(8) TANİLLİ, Server, a.g.e., s. 150.

(9) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 63

ya çıkmış olan, yirminci yüzyılın yeni bir sosyo-politik örgütlenme sistemidir(10).

Peki, kapitalizmin iradesi dışındaki bu objektif koşullar nelerdir? Bunu aşamalar halinde açıklamaya çalışacağız.

Kapitalizm, feodal toplumun kucağında doğmuş ve gelişmeye başlamıştır. Çünkü 15. yüzyıldan itibaren ticaretin genişlemesi ve paranın yavaş yavaş önem kazanması, nüfusun şehirlerde toplanmasına yol açmıştır. Buna karşılık, ticaret geliştikçe de feodal sistem zayıflamaya yüz tutmuştur(11).

İşte 14. ve 15. yüzyıllardan başlayarak Batı Avrupa siyasal toplumlarını ilgilendiren başlıca sorun, güçlü, merkezi ulusal birer devlet haline gelebilmektedir. Bunun içinde, güçlü ulusal merkezi devletlerin kurulmasına karşı çıkabilecek güçlerin -feodal beylerin, kilisenin, küçük şehir devletlerinin- direnişlerini kırmak ulusal ekonomik birliği kurmak zorunluluğu vardı(12).

A- MERKANTİLİZM

Orta Çağın son dönemlerinde feodalitenin merkezi devletlere dönüşmesi şeklinde oluşan bu siyasal gelişmeler, yeni ihtiyaçlara neden oldu. Batı Avrupa devletlerinde öncelikle düzenli ordu kurmak olmak kamu harcamaları pek çok alanda arttı.

Oluşan bu merkezi devletlerin ihtiyaçlarının karşılanması gerekmektedir. Güçlü merkezi devlet olabilmek için de zenginleşmek lazımdı. Çağın düşüncesine göre de ekonomik olanaklarla "altın" eş anlamlı idi. Zenginliğin, başka bir anlatımla güçlü devlet olabilmeyenin ölçüsü altın gibi değerli maddelerin bulundurulmuş miktarı ile doğru orantılı idi.

İşte, Avrupa'da 15. yüzyıldan 18. yüzyıl ortalarına kadar hakim olan ve etkileri daha sonraki dönemlerde de devam eden bu dar açılı ticari zihniyete, anlamını tam ifade eden "Merkantilizm" adı verilmiştir(13).

Devleti siyasal amaçlarına ulaştıracak yol, ekonomik güç olduğuna göre o halde tüm ekonomik hayat devlete tabi olmalıdır.

Devlet için amaç para ve insan çokluğudur. Zira "paranın çokluğu" ticaretin ve endüstrinin gelişmesini sağlayan bir araç işlevini yerine getirir; emek gücünü ucuza sağlamak, ücretlerin yükselmesini önlemek için de nüfusu arttırma politikası yani "insan çokluğu" teşvik edilmiştir(14).

Bu anlatımlarımızdan anlaşılacağı üzere, devletin ekonomik hayata müdahale-

(10) TUNAYA, Tarık Zafer, a.g.e., s. 737.

(11) ÖZGÜVEN, Ali: İktisat İlimine Giriş, İstanbul, 1975, s. 160-161.

(12) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 65.

(13) ALKIN, Erdoğan, İktisat, İstanbul, 1974, s. 368.

(14) GÜRİZ, Adnan, "Kapitalizm ve Hukuk", Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda sunulan Bildiriler, Ankara, 1993, s. 191.

sinin "sosyal amacı" yoktur. Yalnızca "siyasal amaç"a hizmet eden bir müdahale söz konusudur(15).

Merkantilizmin açıklanan bu temel ilkeleri, bu doktrinin "sosyal yönü" olmayan bir teori olduğunu göstermektedir(16).

B- FİZYOKRATLAR

Fransa'da uygulanan merkantilist politika sanayi ve ticaretin geliştirilmesine önem vermiş, tarım ise ihmal edilmiştir. Fizyokratik okulun kurucusu olan Dr. Quesnay'a göre zenginliğin kaynağı mübadele (değişim) değil, üretimdir. Üretken olan ekonomik faaliyet ise tarım alanında görülmektedir. Bu düşünce, eşitsizliğin doğal düzenin bir unsuru olduğunu, doğada eşitsizlik nasıl doğal düzenin zorunlu unsuru ise "toplumda eşitsizlik" de toplum düzeninin tabii sayılmak gereken unsurudur. Bu cümleden olarak işçiye onun hayatta kalmasını sağlayacak ücretin ödenmesi "yeterlidir" ve doğaya uygundur(17).

Sorunların çözümü için, feodal nitelikli sınırlamalar kaldırılarak devletin müdahalesi önlenmelidir.

Tarımsal niteliğe sahip "doğal düzen", bir görünmeyen el" ekonomik faaliyeti optimum düzeyde devam ettirmektedir. Böyle bir düzene devletin müdahalesinin gereği yoktur. Liberalizmin temelini atan fizyokratlar, herkesce bilinen sloganı da ifade etmişlerdir: "birakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler(18).

Bu ilkenin ilk önce Fransız Fizyokratlardan Vincent de Gournay tarafından açıklandığı bilinmektedir. Özellikle Fransa'da 1760 lı yıllarda etkili olan bu okul "kapitalist uygulama"ya giden yolun açılmasında önemli bir rol oynamıştır(19).

Peki, Fizyokratik akımın ekonomik faaliyetin sosyal yönü ile ilgisi var mıdır?

İlahi takdire dayanan bir ekonomi düzenini savunan bu akım, ekonomik faaliyetin "sosyal yönü" ile ilgilenmemektedir.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere kapitalizm, başlangıçta "Ticari Kapitalizm" olarak görülmektedir. Ticari kapitalizm, 17. yüzyıldan itibaren etkili olmaya ve işlerlik kazanmaya başlamıştır. 18. yüzyıla kadar süren bu aşamada

(15) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 69.

(16) GÜRİZ, Adnan, a.g.t., s. 191.

(17) GÜRİZ, Adnan, a.g.t., s. 192-193.

(18) ALKİN, Erdoğan, a.g.e., s. 369

(19) GÜRİZ, Adnan a.g.t., s. 192.

henüz "sanayi kapitalizm"i doğmamıştır. Zira makine henüz yoktur ve üretimde atölyelerde yapılmaktadır(20).

II. LİBERAL KAPİTALİZM

(SANAYİ KAPİTALİZMİ VEYA REKABETÇİ KAPİTALİZM)

Adam Smith'in "Milletlerin Zenginliği" kısa adıyla tanınan ünlü kitabıyla çağdaş iktisatın temellerini attığı 1776 yılından günümüze kadar geçen iki yüzyılı aşkın süre içinde, devlet-ekonomi ilişkileri esas itibarıyla üç değişik durum göstermiştir. Bunlar sırasıyla "liberal devlet", "sosyal devlet" veya "refah devleti" ve son olarak "neo-liberal" veya "minimum devlet"tir(21).

A- KLASİK İKTİSAT

Batı Avrupada 19. yüzyılda ekonomik hayatın oluşmasında iki önemli olay vardır. Birincisi 18. yüzyılın sonlarında İngiltere'de gerçekleşen ve makineleşmeyi doğuran sanayi devrimidir. İkincisi ise 1789 Fransız devrimidir ki, ekonomi alanında merkantilizm ve koprortizimin kalıntıları yerine, üretim ve ticaret özgürlüğünü, yani liberalizmi getirmiştir. "Makineleşme" ve "liberalizm" birleşerek "kapitalizm"i doğurmuştur(22).

Fizyokratların ve A. Smith'in iktisadi liberalizminden kaynağını alan liberal kapitalizm (veya sanayi kapitalizmi) İngiltere'de doğmuştur (23).

Klasik iktisatın doğuşuna elverişli ortam, fizyokratların savunduğu düşünceler hazırlamıştır. İktisatın kurucusu olarak nitelenen Adam Smith "doğal düzen"i savunmuştur. Ekonomik hayatı düzenleyen "görünmeyen el" fizyokratların savunduğu gibi "tanrısal" bir niteliğe sahip olmayıp, bireyin çıkarını maksimum kılma çabası olarak tanımlanabilen "rasyonellik" ilkesi idi. İşte, bireyler kendi çıkarlarını maksimum kılma gayreti ile sonuç olarak toplumun da refah düzeyini yükseltmiş olurlar. Adam Smith, bu bireyleri temsilen bir "Homo Economicus" (iktisadî adam) kavramı geliştirmiştir(24).

Adam Smith'e göre ekonomik hayat aslında insan bencilliğine dayanmaktadır. Kapitalizmin kurucusu sayılan Adam Smith bu gerçeği şöyle açıklamıştır. "Yiyeceğimizi kasabın, biracının ya da fırıncının yardımseverliğinden değil, onların kendi çıkar-

(20) ÖZGÜVEN, Ali, a.g.e., s. 161.

(21) SAVAŞ, Vural: "Anayasalarda ekonomik hak ve özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği", Anayasa Mahkemesinin 27. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 1989, s. 177.

(22) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 75.

(23) ÖZGÜVEN, Ali, a.g.e., s. 162.

(24) ALKİN, Erdoğan, a.g.e., s. 370

larını gözetmesinden elde ederiz. Onların insancılıklarına değil, bencilliklerine sesleniriz”(25).

B- LIBERAL DEVLETİN EKONOMİYE MÜDAHALESİ

Sanayi devrimi ile modern sanayi ortaya çıkmıştır. Bir tarafta makinalar, öte yanda “işçi sınıfı” karşı karşıya gelmektedir. İşçi sınıfı, sanayileşmenin doğal bir sonucudur(26).

Burjuvaziye gelince, liberal devlet düzeni, bu sınıfın çıkarlarına uygun olarak tüm gelişme olanaklarını sağlamıştır.

Bu düzende devletin ekonomik hayatın dışında kalması temel ilkedir. Çünkü tüm ekonomik hayatın “kendiliğinden” oluşan, doğal yasalara uygun olarak gelişeceğine inanılmıştır. Devlet ekonomik sorunlarla ilgilenmediği gibi “sosyal sorun”larla da ilgilenmeyecektir. Sosyal hayat kendi yapılarına uygun olarak düzen ve denge içinde gelişecektir(27).

Liberal felsefeden esinlenen bu “Jandarma devlet” anlayışı devletin görevlerini, “dışa” karşı savunmayı ve “içte” ise düzen ve güvenliği sağlamaktan ibaret görmekte, özellikle devletin ekonomik hayata müdahalesini sadece gereksiz değil aynı zamanda ekonominin doğal kanunlarının işleyişini bozacağı için “zararlı” saymaktadır(28).

1776’dan 1930'lara kadar yaklaşık 1,5 asır insanlar devletin böyle olacağına inanmış, en azından böyle bir devleti benimsemiştir(29).

Ne varki bu biçimiyle “saf liberalizm”in ancak kitaplarda yer aldığı görülür. Gerçek odur ki devlet, liberalizmin yerleştiği 19. yüzyılda da ekonomik hayata müdahale etmiştir. Örnek: Gümrük tarifesi ile sağlanan himayeler gibi(30).

III. TEKELCİ KAPİTALİZM

Kapitalizmin gelişmesi ile birey, ekonomik düzen içerisinde artık “birim” olmaktan çıkmıştır. Bireyin yerini ise büyük işletmeler, karteller, tröstler, bankalar ve sendikalar almıştır. Bunun sonucunda da liberal ekonomik sistemin temeli sayılan “serbest rekabet ilkesi” artık işlemez olmuş, ekonomi serbest rekabet sisteminden tekeller sistemine geçmiştir. Ekonomik ünitelerin aralarında anlaşmalarıyla “tekelci kapitalizm” doğmuştur(31).

(25) GURİZ, Adnan, a.g.t., s. 201.

(26) ÖZGÜVEN, Ali, a.g.e., s. 162.

(27) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 77.

(28) ÖZBUDUN, Ergun., Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1992, s. 103-104.

(29) SAVAŞ, Vural, a.g.t., 177.

(30) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 78.

(31) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 83.

Bu uygulama ile tüketicilerin zarar gördüğü ortadadır. Tüketiciler devletten kendilerini bu gelişmelerden koruması için ekonomiye müdahalesini ister hale gelmişlerdir.

Tekelci kapitalist ekonomi düzeninde ekonomik krizler etkili ve sert biçimde oluşarak liberal devletin çözmesi mümkün olmayan boyutlara varmıştır. Liberal ekonomik sistemin ileri sürdüğü "ahenk" ve "denge"nin kolaylıkla bozulduğu gözlenmiştir.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

SOSYAL DEVLET SİSTEMİ

3. Sosyal Devlet Sisteminin Oluşumu

I-Genel Olarak

Tekelci kapitalist ekonomi düzeninin uygulamaları sonucunda "Büyük dünya bunalımı" denilen ve 1929 yılında başlayan ve etkisi II. Dünya Savaşı sonlarına kadar devam eden ekonomik kriz meydana gelmiştir.

Büyük dünya bunalımı sonucunda devrin sanayi ülkelerinden bankaların iflasi, fabrikaların kapanması ile milyonlarca işsiz sokaklara dökülmüştür.

Klasik iktisatın "görünmeyen el"i bankaların iflasını, fabrikaların kapanmasını engellememiştir.

Kendi kanunlarına göre işleyen "piyasa ekonomisi", sanayileşmeyi büyük ölçüde gerçekleştirmiştir. Ancak bunun karşılığında gelir ve servet eşitsizliğini arttırmış ve sınıf çatışmalarını yoğunlaştırmıştır(32).

Artık savaş sonrasında "liberalizm" biçimi altındaki kapitalist ekonomi sisteminin terkedilmesi gerektiği anlaşıldı.

Nitekim, liberal devlet savaş sonrasında yeni görevler üstlenmek zorunda kalmıştır. Örneğin, 1929'da İngiliz Maliye Bakanı Avam Kamarası önünde "devletin hiçbir biçimde sürekli olarak kişilere iş bulma görevi olmadığını" söylerken, 1944'de İngiliz Hükûmetinin yayınladığı Beyaz Kitapta, devletin esas görevlerinden birinin "iş yüksek ve dengeli düzeyde tutmak" olduğu açıklanmıştır (33).

II. Sosyal Devlet Sistemini Yaratan Koşullar

Ekonominin geldiği nokta ise artık kimsenin hoş göremeyeceği veya başka bir anlatımla görmezden gelemeyeceği sonuçlar meydana getirmiştir. Nedir bunlar?

Bir yanda üretim fazlalığı ama bunun hemen yanında ise açlık ve sefillik içerisinde büyük bir kitle. Liberal devlet artık bu gerçekle yüz yüze kalmıştır. O halde ne yapılmalıdır?

(32) ÖZBUDUN, Ergun, a.g.e., s. 104.

(33) GÖZE, Ayferi, a.g.e., s. 90.

Ekonomik yönden güçsüz bu kitlenin "yeni sosyal ekonomik düzen" çıgııklarına kulak verilmelidir.

Bu durum karşısında Batı toplumları, klasik, "Jandarma Devlet" anlayışını terkederek, gerekli "sosyal tedbirler"i almaya başlamışlardır. Bu anlamda devlet sosyal ve ekonomik hayata müdahale ederek sınıf çatışmalarını yumuşatan ve ulusal bütünlüğü sağlamaya çalışın "sosyal devlet" statüsüne geçmek durumunda kalmıştır (34).

Sonuç

"Sosyal Devlet" sadece ekonomik gelişmelerin zorunlu kıldığı bir sistem değildir. Bu nedenle sosyo-politik kaynaklı yönetim sorunlarının ayrıca incelenmesi gerekmektedir (35).

Devletlerin müdahalesi her defasında yeni yeni nedenlerle artmış ve bunun sonunda devletler Thomas Hobbes'ın 1651'de tasvir ettiği dokuz başlı deniz canavarı Leviathan'a dönüşmüştür. Devletler bu yüzden önlenemez şekilde "büyümüş"tür. Büyüyen devletler bu gayretleriyle önemli bütçe açıkları ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu olgu ise başka önemli sorunlar doğurmuştur.

Sosyal devlet sistemi az gelişmiş ülkelerde "kalkınma"yı gerçekleştirememiştir ama sanayileşmiş ülkelerde "eşitliği" gerçekleştirmekte başarılı olmuştur. Herşeye rağmen, ulusal kesimde sosyal olan "Welfare State" uluslararası kesimde bu niteliğinden uzak durumdadır.

— oOo —

KAYNAKÇA

- ALKİN, Erdoğan : İktisat, İstanbul, 1974.
 GÖZE, Ayferi : Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul, 1976.
 GÜRİZ, Adnan : "Kapitalizm ve Hukuk", Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 1993.
 ÖZBUDUN, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1992.
 ÖZGÜVEN, Ali : İktisat İlimine Giriş, İstanbul, 1975.
 SAVAŞ, Vural : "Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları örneği", Anayasa Mahkemesinin 27. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 1989.
 SOYSAL, Mümtaz : 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1992.
 TANILLİ, Server : Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 1990.
 TUNAYA, Tarık Zafer : Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1975.

(34) ÖZBUDUN, Ergun, a.g.e., s. 104.

(35) ABD örneği için bakınız: GENÇCAN, Ömer Uğur, Başkanlık Rejimi, Adil Yayınevi, Ankara - 1997, s. 44-56.

YETKİ ANLAŞMALARI VE TÜRK UYGULAMASI(*)

Prof. Dr. Ergin NOMER (**)

YETKİ ANLAŞMALARI ve TÜRK UYGULAMASI

1. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun, 22.11.1982 tarihinden beri yürürlüktedir. Bu kanunun "Milletlerarası Usul Hukuku"nu düzenleyen II. Kısmı'nda, *milletlerarası alandaki yetki sözleşmeleri* hakkında bir kural vardır. 31 inci maddede yer alan bu kural aynen şöyledir:

"Yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluğun yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür."

Çok açık olarak ifade edilmiş bir kural 31 inci madde, Türk mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaları ("Prorogation") düzenleyen HUMK'nun 22 nci maddesi yanında, belirli şartlar altında Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf ederek ("Derogation") yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesini mümkün kılan bir kurula da yer vermiştir. Bu kural hem Kanunu hazırlayanların fikrini ifade ediyordu(1) hemde 1982 yılına kadar geçerli olan hukukî durumdaki karışıklığı dikkate alarak, konuya açıklık getirmişti.

2. 1982 yılına kadar Türk hukukunda *milletlerarası yetki sözleşmelerini* düzenleyen bir kural mevcut değildi. Bu sebeple mahkemelerin uygulaması ve doktrin yardımcı olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 22 nci maddesinden, yani Kanunun ülke içi olaylar için koymuş bulunduğu düzenlemeden hareket ediyordu. Hâlen

(*) "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Araştırma ve Uygulama Merkezi" tarafından düzenlenen, "15. Yılında MÖHUK Uygulamaları, Sorular-Sorunlar, Değerlendirmeler" Konulu, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Saygı Semineri'nde (26 Kasım 1997) verilen Tebliğ.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku, Anabilim Dalı başkanı

(1) "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu", İstanbul 1978, 231: "Dış ülkenin bir mahkemesi yetkili kabul edilmişse, artık o münhasır yetki mahiyetini almıştır. Türk mahkemelerine müracaat ancak ve ancak o münhasır yetkili kabul edilen mahkemenin kendisini yetkisiz kabul etmesiyle mümkün olabilmektedir, (Madde 31'de) ikinci cümle bunu ifade etmektedir" (Nomez'in mütalaası). Kuralın kısa bir özeti için bkz. *Kuru*, Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması: MHB 6/1986 140-145 (143).

yürürlükte olan 22 nci maddeye göre, taraflar belirli bir ihtilaflarını, yer itibarıyla yetkinin kamu düzeni esasına dayanılarak tayin edilmemiş olması şartına bağlı olarak, Türkiye’de kanunen yetkili olmayan bir mahkemeye getirebilirler. Yargıtay, 1982 yılından önce uzun süre bir çok olayda HUMK m.22’ye dayanarak yetki anlaşmasıyla yabancı mahkemelerin, hem de münhasıran, yetkili kılınabileceğini kabul etmişti(2). Fakat daha sonraları Türk mahkemelerinin uygulaması genellikle, yabancı mahkemelerin münhasır yetkisinin yetki anlaşmalarıyla tesis edilemeyeceği şeklinde oldu(3). Böylece, yetki anlaşmasının varlığına rağmen davacıya davasını yetkili bir Türk mahkemesinde dava edebilme imkânı açık tutulmuş oluyordu. Bu görüşü doktrinde paylaşılanlar olduğu gibi(4), uygun bulmayanlar da oldu(5). Ancak 2675 sayılı Kanunun 1982 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana, doktrinde, 31 nci madde gereği bilimsel münakaşanın sona erdiği ve yabancı mahkemeye yetki anlaşmasıyla verilen yetkinin “münhasır” bir yetki olduğunda hiç bir hukukçunun şüphesi kalmadı.

3. Yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren bir yetki anlaşması, 31 inci maddenin şartlarına uygun olarak yapılmış geçerli bir sözleşme ise, yetkisi kararlaştırılan yabancı devlet mahkemesini “*münhasıran*” yetkili bir mahkeme haline getirir. Maddenin 2 nci cümlesi bunun kesin bir ifadesi ve delilidir: “*Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür*”.

Bir yetki sözleşmesinin yapılmasıyla, aslında yetkisiz olan bir mahkemeye yetki verilmiş olur. Türk mahkemesinin kanun gereği tesis edilmiş olan yetkisi (özellikle HMUK m. 9-24) de kalkmış olur. Bu, taraflardan biri sözleşmeye aykırı olarak Türkiye’de kanun gereği yetkili olan bir mahkemede dava ikame ederse, diğer tarafın geçerli bir “yetkisizlik” itirazı (HUMK m. 187/2) yapabileceği anlamına gelir. Taraflardan biri, yetki sözleşmesine dayanarak, kararlaştırılan yabancı mahkemede dava ikame eder ve diğer taraf daha sonra kanun gereği yetkili Türk mahkemesinde dava açar ise, yabancı mahkemede dava ikame etmiş olan taraf bu durumda “derdestlik” itirazında (HUMK m. 187/4) bulunabilir. Yetkisi kararlaştırılan yabancı mahkeme kendisini yetkisiz kabul ederse, ancak bu takdirde dava kanun gereği yetkili Türk mahkemesinde ikame edilebilir. Türk doktrininde 2675 sayılı Kanunun kabulünden bu yana tam bir görüş birliği kabul edilen hukukî durum budur(6). Şu halde, Kanunun 31

(2) Yar. HGK., 9.12.1942 (E. 8/K. 46); Yar. TD., 17.5.1950 (E.4808/ K.2435); Yar. TD., 21.2.1964 (E. 3608/ K. 466).

(3) Yar. TD., 26.12.1964 (E. 2428/K.4446); Yar. HGK., 26.3.1975 (E. 60/K. 394); Yar. HGK., 25.2.1976 (E. 908/ K. 270).

(4) Meselâ *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1979-1986 I, 418.

(5) Meselâ Göger, Devletler Hususî Hukuku4, Ankara 1977, 368; Seviğ, anunlar İhtilafı, İstanbul 1974, 328.

(6) *Nomer*, Devletler Hususî Hukuku8. İstanbul 1996, 375 vd.; *Çelikel*, Milletlerarası Özel Hukuk4,

inci maddesinin gayesine ve şartlarına uygun bir şekilde kullanılması halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf edilebileceği ("Derogation"), tereddütsüz kabul edilmesi gereken bir neticedir.

4. Kanunun kabulünden sonra, kısa bir süre sessiz kalan Yargıtay(7), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği 15.6.1988 tarihli bir kararla, mevcut hukukî ve kanunî durumu, 31 inci maddede yer alan kuralı ihlâl pahasına, -ekseriyetle de olsa- kabul etmediğini beyan etti.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına(8) konu teşkil eden olayda, bir Yunan şirketi olan davacı ile bir Türk davalı hukukî uyuşmazlığın taraflarını teşkil etmekteydi. Taraflar, aralarında yapmış oldukları çarter mukavelesinin 35 inci maddesinde bir yetki anlaşması yapmışlardı: "*Bu çarter partide tartışma zuhurunda mahkeme yeri Londra'dır.*" Yunanlı davacı şirket İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesinde, yaptıkları yetki anlaşmasına aykırı olarak, dava açmış, Türk davalı ise mahkemenin yetkisine itiraz etmişti.

Olayla ilk temyiz mercii olarak meşgul olan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2675 sayılı Kanunun yeni olması ve bu nitelikteki uyuşmazlıkların sayı itibariyle az bulunması sebebiyle, hukukî uygulamanın henüz istikrarlı bir yön kazanmadığını belirledikten sonra, doktrindeki görüşlerin çoğunluğunun, sözleşme ile belirlenen mahkemenin yetkisinin münhasır yetki olduğu doğrultusunda bulunduğunu tesbit ile çoğunluğun görüşüne katılmıştı. Ancak, olay neticede uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlayacak olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etti.

Hukuk Genel Kurulu, 26.3.1975 tarihli bir kararını(9), yani 1982 tarihli 2675 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin yürürlüğe girmesinden önce verilmiş bir kararını kendisine gerekçe yapmıştır. Bu kararda, Usul Kanununun 22 nci maddesindeki düzenleme açıklanmakta ve kanunlardaki genel yetki kurallarının tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmekteydi. Bunun aksinin kabulü, yani yetki sözleşmesinin genel kurallar uyarınca yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırdığı sonucunun benimsenmesi, Karara göre, belirli bir mahkemenin yetki sözleşme-

İstanbul 1995, 318; **Altuğ**, Türk milletlerarası Usul Hukuku³, İstanbul 1983, 67; **Kuru**, V4366; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku⁴, Ankara 1992, 158; **Tuluay**, Milletlerarası Usul Hukuku: ABD 2/1984 262 vd.; **Kuru**, Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması: MHB 6/1986 142-144; **Üstündağ**, Medeni Yargılama Usulü⁴, İstanbul 1989 I, 75 vd.; **Sargin**, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, 194 vd.

(7) Meselâ Yar. 11. HD., 6.2.1987 (E. 7190/K.560).

(8) Yar. HGK., 15.6.1988 (E. 11-246/k. 476).

(9) Yar. HGK. 26.3.1975 (E. 60/K. 394).

sine konu olan uyuşmazlığa bakamayacağı yolunda olumsuz yetki sözleşmelerinin geçerli bulunduğu da benimsenmesi sonucunu doğurur ve belirli bir mahkemeye peşinen güvensizlik ifade edeceğinden kamu düzenine ters düşmekle geçersiz sayılırlar. Buna göre, davacı Türkiye'deki kanunen yetkili mahkemede de dava ikame etmek hakkına daima sahip bulunmaktadır. Diğer bir mahkemenin yetkili kabul edilmesi, tarafların kanunen yetkili mahkemeye karşı peşin olarak güvensizlik göstermesi anlamına gelir, ki bu ise kamu düzenine ters düşer. O halde yetki sözleşmeleri ile yetkili olan mahkemelerin yetkileri ortadan kaldırılamaz.

Hukuk Genel Kurulu, sadece Türkiye içerisindeki, yabancılık unsuru taşımayan olaylar için uygulanabilen 22 nci madde için dile getirdiği bu esasları, milletlerarası hukuk alanındaki yetki sözleşmelerini düzenleyen ve farklı bir sisteme ve hükme sahip blunan 31 inci madde için de kullanma yolunu seçmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun ekseriyetle vardığı sonuç, aynen 22 nci madde için ifade ettiği hüküm olmuştur: *"2675 sayılı Yasa'nın 31 inci maddesi uyarınca yapılan yetki sözleşmesi ile, esasen yetkili bulunan Türk mahkemesinin yetkisinin kaldırılabilceğinin kabulü Türk mahkemelerine güvensizlik beslenmesi sonucunu doğurur ki, bu da doğrudan doğruya kamu düzenine ters düşer."*

5. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında kullanılan gerekçe ve buna bağlanan sonuç, hukukten kabul edilmesi mümkün olmayan "yanlış"(10) ve "şaşkınlık"(11) yaratan bir görüşün ifadesi olmuştur.

a. Gerekçe Yanlıştır, çünkü 2675 sayılı Kanunun 31 inci maddesi, Usul Kanununun 22 nci maddesinden farklı olarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin reddi konusunda "açık" bir hükme sahiptir: *"Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür."* Bu hükmü Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun dikkate almaması ve hatta kararında böyle bir hükmü "yokmuş" gibi görmemezlikten gelmesi anlaşılır bir tutum değildir.

b. Gerekçe Yanlıştır, çünkü Kararın temel gerekçesini oluşturan "Türk mahkemelerine güvensizlik beslenmesi" gibi bir anlayış, hukukîliği dışında milletlerarası yetki anlaşmalarının mantığına ve gayesine de aykırı düşmektedir.

aa. Milletlerarası ekonomik ilişkilerde yetki anlaşmalarının önemi çok büyüktür. Ülke sınırlarını aşan karakterdeki sözleşmelerde hemen hemen daima bir yetkili mahkeme anlaşmasına da yer verilir. Yetkili mahkemenin tayini ile, öncelikle birden çok devletin mahkemelerinin birbirleriyle olan rekabetinin meydana getirdiği belirsiz-

(10) Nomer, 376 n. 186.

(11) Krüger/Nomer, Gerichtsstandvercinbarungen nach türkischem Recht: R/W 1989 953 vd. (Türkçe tercümesi: İBD 1-2-3/1990 153 vd.)

lik önlenir. Taraflar gidebilecekleri yetkili devlet mahkemesinin bilinmesiyle, kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını da önceden tesbit ve bilmiş olurlar. Böylece sözleşmelerinden doğabilecek ihtilafları için “*hukukî berraklık*” temin edilmiş olur.

bb. Milletlerarası yetki anlaşması, ikametgah veya ikamet değişikliği gibi sebeplere bağlı olarak milletlerarası yetkinin de değişmesini önler. Farklı bir sözleşmeyle, milletlerarası yetkili mahkemenin, yetkili mahkemeyi değiştiren unsurlardan bağımsızlığını temin eder. Bu da “*hukukî güvenliği*” sağlar.

cc. Tarafların, yetki anlaşması yapmak suretiyle, mahkeme teşkilatını ve işleyiş tarzını tanıdıkları, lisanını konuştukları ve çeşitli ilişkilerle bağlı buldukları, tabir yerinde ise “kendilerinin benimsedikleri” devlette hukukî işlerini toplamak veya kendilerine uygun gelen bir hukuk düzenine veya icra imkânlarına sahip bir devlet mahkemesini yetkili kılmalarında, inkâr ve reddedilemeyecek kadar “*yarar*” vardır.

dd. Milletlerarası olaylara ilişkin sözleşmelerde, belirli bir devlet mahkemelerine karşı güvensizlik veya itimatsızlık meselesi ve dolayısıyla kamu düzenine ters gelme söz konusu değildir. Taraflar belirli bir devletin mahkemesinin yetkisini, -muhtemelen olayın *maddî ilişkisi* sebebiyle, kararlaştırmışlarsa, bunun anlamı böylece kendi menfaatlerini teminat altına almış olduklarını kabul etmeleridir. Taraflar milletlerarası ticaret alanında, genellikle aşağı yukarı aynı ekonomik güce sahiptirler. Bu bakımdan bir “*vesâyete*” de ihtiyaç duymazlar. Taraflardan her biri, kendi ülkesindeki hukukî himayeden vazgeçmek hakkına ve serbestisine de sahiptir. Üstelik Türk hukuku tarafları hukukî bir himayeden de mahrum etmemektedir. Yetkisi kararlaştırılan mahkeme ihtilafı görmeyi kabul etmezse, 31. madde, arzu edilen hukuki himayeyi temin etmek üzere, davacıya mahkemelerini açık tutmaktadır. Görülüyor ki, geçerli bir yetki sözleşmesi yapılmış ise, -ortada hakkın kötüye kullanılması olayı olmadıkça-, yetki sözleşmesini geçersiz kabul etmenin taraflar için yararı olmadığı gibi, hukukî bir sebebi de mevcut değildir. Yargıtay'ın bu gerçeği de gözden kaçırmış olduğu anlaşılmaktadır.

c. Gerekçe “*şaşkınlık*” vericidir, çünkü bugün bir çok ülke hukukunda, milletlerarası yetki sözleşmelerinin “*münhasır*” bir yetki tesis edebileceği kabul edilmiştir. Ve bildiğimiz kadarıyla, yetki anlaşmalarının “*münhasır*” yetki tesis edebileceği şeklinde açık bir hükme sahip olmayan devletler de dahil(12), hiç devlet mahkemesi, “*münhasır*” yetki tesis eden, yetki anlaşmalarını kendilerine “*güvensizlik beslenmesi*” şeklinde algılanmamış ve yorumlamamıştır. Böyle garip bir “*gerekçenin*” Türk mahkemeleri için kullanılmamasını, Türk Yargıtay'ının “*alınanlığına*” bağlamayı da düşünmüyoruz. Kaldı ki, yabancı hakem mahkemelerinin yetkilendirilmesi halinde, Türk

(12) Meselâ Alman hukuku için bkz. **Kropholler**, *Internationale Privatrecht* 3 1997, S 58 III 6; **Geimer**, *Internationales Zivilprozessrecht* 3 1997 434 vd.

mahkemelerine güvensizlik beslenmesi söz konusu olmazken(13), yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesine Yargıtay'ın farklı bir düşünceye sahip olmasını açıklamak da oldukça zordur.

d. Sonuç: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının temelinde yatan, bir hukukî uyumsuzluğun sözleşmeyle kararlaştırılmış yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesinin Türk mahkemelerine "güvensizlik" teşkil edeceği hem yersiz hem de isabet-siz bir görüştür. Ayrıca Yargıtay'ın, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren anlaşmanın, 31 inci maddesinin açık hükmüne rağmen, Türk kamu düzeni ile ters düş-tüğünü iddia etmesi de elbetteki inandırıcı ve tatmin edici olamamaktadır(14). Belir-telim ki, milletlerarası hukuk ve milletlerarası ticaret hayatında hiç bir yüksek mah-keme kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kanuna aykırı bu kararı kadar "şaşırtıcı" bir etki yapmamıştır(15).

6. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aldığı kararın geçerli olan anlamı şu olmak-tadır: Bir Türk mahkemesinin yetkisinin kararlaştırılması kabul edilebilir. Türk mah-kemesinin yetkisinin kaldırılması ise, -Kanunun açıkça buna izin veren hükmüne rağmen-, mümkün değildir. Taraflar arasında buna ilişkin bir anlaşma olsa dahi, bu anlaşmaya aykırı olarak tarafların biri Türkiye'de kanunen yetkili bir mahkemede da-va açabilir. Bu durumda, milletlerarası olaylarda yabancı bir devlet mahkemesinin yetkisi hakkında yapılan anlaşmalar, Yargıtay'ın bu kararı karşısında tereddütle kar-şılanaçak ve taraflara güven vermeyecektir. Bunun, milletlerarası ticarî ilişkilere et-kisi ise şüphesiz olumsuz olacaktır.

7. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.6.1988 ta-rihli bir kararından sonraki bir tarihte verdiği bir kararında(16), Hukuk Genel Kurulu-nun bu hatalı ve yanlış kararına uymadı. Kanuna uygun bir karar vererek, taraflar arasında yapılmış bir yetki anlaşmasının mevcudiyeti karşısında, Türk mahkemesin-de açılan davaya karşı ileri sürülen yetki itirazının kabulü ve yetkisizlik kararı veril-mesi gerektiğini belirterek, ilk derece mahkemesince davanın esasına girilerek hü-küm tesisini doğru bulmadı. Ancak tesbit edebildiğimiz kadarıyla, bunu takip eden Yargıtay kararlarında(17), Hukuk Genel Kurulunun "Türk mahkemelerine güvensiz-

(13) Yar. 11. Hd., 12. 4.1990 (E. 2864/K.3271); Yar. 11.HD?, 10.5.1994 (E. 93-5034/ K.94-4082); Yar. 11. HD., 22.10.1996 (E. 4047/K. 7164).

(14) Yargıtay hukuk Genel Kurul kararında azınlıkta kalan hâkimlerden - Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Başkanı şükrü Özdemir, 7. Hukuk Daire Başkanı Cemil Sonbay ve 11. Hukuk Dairesi üyesi Gönen Eriş tarafından, kısmen benzer şekilde ve "mükemmel olarak" ("vorzüglich", bkz. **Krüger/Nomer**, 955 (157)) gerekçelendirilen muhalefet yazıları da aynı istikamettedir.

(15) **Krüger/Nomer**, 956 (161).

(16) Yar. 11. HD., 19.11.1990 (E. 7016/K. 7400).

(17) Yar. 11. HD., 15.5.1989 (E. 575/K. 2881); Yar. 19. HD., 2.11.1995 (E.1632/K.9151); Yar. 11.HD., 22.1.1996 (E. 8607/K. 8); Yar. 11.HD., 7.7.1997 (E. 5070/K. 5510).

lik beslenmesi" ve bunun da "doğrudan doğruya kamu düzenine ters düşmesi" şeklindeki yanlış ve hukuk dışı gerekçe bazen "aynen" kullanılarak yabancı bir devlet mahkemesine verilen yetkinin "münhasır" bir yetki olamayacağı şeklinde hatalı anlayıştan hareket edildi. Böylece, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.6.1988 tarihli kararında yer alan ve mevcut bir kanun hükmünü yok farz ederek, "kanuna aykırı" ve "kabulü mümkün olmayan" bir gerekçeye dayanarak verdiği, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşmalarının "münhasır" bir yetki tesis edemeyeceği şeklindeki hüküm, bugün Türk Yargıtay'ının maalesef müstakar içtihadı haline gelmiş görünümündedir. Bununla beraber, bu Tebliğ'in verilmesinden hemen sonra bize ulaşan Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin çok yeni bir kararı(18), hukukun ve doğrunun er veya geç kabul göreceği ihtimalinin mevcut olduğunu göstermektedir.

Tebliğ tarihinden kısa bir süre sonra:

8. Ve nihayet ihtimal gerçekleşti. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6.5.1998 tarihli kararıyla(19), örnek teşkil edecek bir bilimsellikle, doğruyu belirledi. Oybirliği ile alınan bu kararda, 15.6.1988 tarihli Genel Kurul Kararında yer olan görüşten dönülmesi, bu görüşün yanlışlığı da açıklanmak suretiyle, uygun bulundu. Ve sonuç belirlendi: "2675 sayılı Kanunun 31. maddesinin özüne ve sözüne uygun bir şekilde düzenlenmiş bir yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kaldırılması mümkündür." Kanunî düzenlemeyi ifade eden bu sonucun haklılığı ve gerekliliği de anlatıldı:

"31. madde ile güdülen amaçlardan biri de, milletlerarası ekonomik ilişkilerde yetki anlaşmalarının büyük önemi haiz olmasıdır. Bugün bilgi çağı döneminde devletlerin birbirleriyle olan zorunlu sosyal ve sanayi ihtiyaçları karşısında ekonomik ilişkilerinin, kolay iletişim ve sürat araçları eliyle yoğunluk kazandığı, o nedenle ülke sınırlarını aşan sözleşmeler düzenlemek zorunda oldukları yadsınamaz. Dünya devletlerine ve dünya ekonomisine entegre olan Türkiye'nin bu gerçekten uzak durması düşünülemez. Esasen zamanımızın sosyal ve ekonomik koşullarının getirdiği zorluklar karşısında, her devlet devletler hukukuna dahil olduğunu gözden kaçırmamalı ve her türlü hukuki egoizmden uzak durmaya gayret etmelidir. O nedenle bu tip ticari ilişkilere dayanan sözleşmelerde kararlaştırılan yetki şartı sözleşmenin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir."

9. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu son kararında, yetki sözleşmelerine konu

(18) Yar. 11. HD., 27. 10.1997 (E. 6753/K. 7412). Bu kararda, taşımaya ilişkin konişmentonun yetki başlıklı kısmında yer alan ve Marsilya Ticaret Mahkemesi'ni yetkilendiren "yetki anlaşması" sebebiyle, davayı yetki yönünden reddeden Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından "kanuna uygun" bulunarak öybirliği ile onanmıştır.

(19) Yar. HGK., 06.05.1998 (E. 12-287/K. 325).

teşkil edebilecek mahkeme ve makamların sınırı da belirlendi. İhtiyati haciz kararlarının infazının hukuki sonuç ve hükümleri itibarıyla bir cebri icra olduğu, cebri icra güç ve yetkisini kullanan makamların yetki sözleşmelerine konu olamayacağı, dolayısıyla "ihtiyati haciz kararlarının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetkinin" de "münhasır" bir yetki olduğu ifade edildi. Gerçekten de, öncelikle, yabancı mahkemelere yetki tanıyan bir yetki anlaşmasına, icra dairelerini de kapsayan bir anlam verilemez. Kaldı ki, zaten borçların zorla yerine getirilmesini sağlayan ve bu bakımdan mahkemelerin yargısal faaliyetinden farklı nitelikte görev yapan Türk icra teşkilatına ait -ve Yargıtay kararında belirtildiği üzere "hükümrancılık hakkına" ilişkin- bir yetkinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilmesi de mümkün değildir.

DELİL SÖZLEŞMESİ

Berkant ŞENGEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. BİRİNCİ BÖLÜM. I- Delil Sözleşmesi Kavramı. II- Delil sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Konusu. III- Delil Sözleşmesinin Medeni Yargılamaya Hukuku ilkeleri Açısından değerlendirilmesi. İKİNCİ BÖLÜM. I- Delil sözleşmesinin Senetle İspat Kuralları Karşısındaki Durumu. II-Delil Sözleşmesinde Şekil. A-Genel Olarak. B-Yazılı Şekil. C- Delil Sözleşmesinin Varlığını İkrar Edilmesi. D-Delil Sözleşmesinin Mahkeme Önünde Yapılması. 1-Genel Olarak. 2-Tanık Dinlenmesine Muvafakat. a-Hâkimin Tanık Dinletilemeyeceğini Hatırlatma Zorunluluğu. b-Diğer Tarafın Açık Muvafakattir. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM. I- Delil Sözleşmesinin Çeşitleri. II-Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi. III-Münhasır Delil Sözleşmesi. Sonuç.

GİRİŞ

Medeni Yargılama kavramı, özel hukuk alanında cereyan eden yargılamayı ifade etmek amacıyla Ceza Yargılamasının karşıtı olarak kullanılmaktadır. Medeni Yargılama Hukuku da özel hukuk alanında ki yargılamayı konu edinen disiplindir. Yargılama faaliyeti bir bütünlük arz etse de kendi içerisinde Anayasa Yargısı, İdari Yargı, Adli Yargı, Askeri Ceza Yargısı gibi kollara ayrılmaktadır. Bu yargı kollarının kendilerine özgü ayırt edici özellikleri bulunmaktadır. İfade etmek gerekir ki, Ceza Yargısı ve Medeni Yargıdan teşekkül eden Adli Yargı en geniş alanlı olanıdır.

Medeni Yargılama, özel hukuk alanındaki yargılamayı konu edindiğinden ilkelere ve özellikleri itibariyle diğer yargı kollarından özellikle de Ceza Yargılamasından farklılık arz eder. Zira, Medeni Yargılama Hukukunda şekli hakikat esas olduğundan kanuni delil sistemi, Ceza Yargılama Hukuku açısından maddi hakikat geçerli olduğundan vicdani delil sistemi esastır. Dolayısı ile, Hâkimin Medeni Yargılama ve Ceza yargılamasında görev ve yetkileri farklıdır.

Medeni Yargılama Hukukunda özel menfaatler söz konusu olduğundan kanuni delil sistemi kabul edilmiş olup kamu menfaatleri ikinci planda tutulmuştur. Ancak, bu sistem, çeşitli müesseseler ile yumuşatılmıştır. İşte bu müesseselerden biri de delil sözleşmesidir.

Delil sözleşmesi, HUMK.nun 287. ve 289. maddelerinde düzenlenmiştir. İncele-

(*) Osmaniye Kadastro Hâkimi,

memiz üç bölümden oluşacaktır. Birinci bölüm, delil sözleşmesi kavramı, delil sözleşmesinin konusu, niteliği ve bu sözleşmenin Medeni Yargılama Hukukuna hakim olan ilkeler açısından değerlendirilmesinden teşkil edecek, ikinci bölüm ise delil sözleşmesinin senetle ispat kuralları karşısındaki durumu ile delil sözleşmesinin şekline ayrılmış son bölüm de delil sözleşmesinin çeşitlerine tahsis edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1- DELİL SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Dava, kişilerin yargılama makamlarından hukuki himaye isteğini içeren bir taleptir. Talepte bulunan, bir hakkının ihlal edildiğini veya ihlal edilme olasılığı bulunduğunu öne sürer. Bu kimseye, davacı denir. Davacı, talebinde hakkını ihlal edeni veya ihlal edebilecek olanı da belirtir. Bu kişiye davalı denmektedir. Medeni Yargılama Hukuku kural olarak davacı ve davalı esasına göre hareket eder. Yargılama, iddianın ve savunmanın değerlendirilmesi suretiyle gerçekleşir. Bu sebeple taraflar, mahkemeye iddia veya savunmalarını sunup bunu ispat etmek zorundadırlar. İddia ve savunmaların ispatına yarayan vasıtalara "delil" denir. Nitekim, HUMK.nun 238 nci maddesi de "delil davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur" demek suretiyle bu konuyu açıkca düzenlemiş bulunmaktadır. Görülüyor ki; taraflar davanın kazanılmasını veya reddini sağlayabilmek için delilleriyle mahkemeyi ikna etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk sebebiyle maddi vakıalar ile bunların ispatı için söz konusu ispat araçlarına yani delillere, yeni usul doktrininde "dava malzemesi" denmektedir (1).

HUMK.nun 236 ve devamı maddelerinde deliller ve bunların ikamesi tanzim edilmiştir. Bu maddelerde, delil çeşitleri, hangi hususların hangi deliller ile ispat olunacağı, bu delillerin mahkemece nasıl değerlendirileceği konuları etraflıca düzenlenmeye çalışılmıştır.

HUMK.nun 287 ve takip eden maddeleri, ispata ilişkin hükümler vazetmiştir. 288 ve 290. maddelerinde senetle ispata ilişkin iki ana kural öngörülmüş ve bir takım hükümlerle de bu kurallara istisna getirilmiştir. Bu istisnalardan biri de 287. maddenin ikinci cümlesinde belirtilen delil sözleşmesidir. Bu madde "... iki tarafça muayyen delillerle ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında ol veçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz" demektir. Görülüyor ki; kanun koyucu deliller konusunda sözleşme yapmaya açıkça

(1) ALANGOYA, Y.; Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, sh. 7

cevaz vermiştir. Ancak, tanımını aynı açıklıkla yapmamıştır. Bu müessesenin tanımının yapılması doktrine ve uygulamaya kalmıştır. Doktrininde delil sözleşmesini, belli bir hususun (vakıanın veya hukuki işlemin) belli bir delil (meselâ tanık) ile ispat edilebileceği (veya diğer deliller yanında o delil, misalde tanık ile de ispat edilebileceği) hakkında yapılan sözleşmeye verilen isimdir şeklinde tarif edenler mevcuttur (2). Başka bir tarife göre ise delil sözleşmesi, tarafların anlaşmazlıkları çözme hususunda kullanılacak delilleri önceden bir anlaşma ile tespit etmelidir. (3).

Yargıtay da çeşitli kararlarında delil sözleşmesini tarif etmeye çalışmıştır. Nitekim bir kararında "HUMK.nun 287/2. maddesindeki delil sözleşmesi, bir uyuşmazlıkta belli bir hususun ne gibi bir delille ispatlanacağına taraflarca yazılı olarak saptanması şeklinde bir sözleşmedir" demektedir (4).

Doktrini ve diğer usul hükümlerini de dikkate alarak delil sözleşmesini geniş bir şekilde, uyuşmazlığı ilgilendiren bir hususun belli bir delille veya ispata elverişli deliller yanında başka bir delille de ispat olunabileceğine ilişkin olarak, yazılı şekilde veya karşı tarafın mahkeme önünde ikrarı veya kabulüyle vücut bulan, senetle ispata ilişkin her iki ana kaidenin istisnasını teşkil eden bir usul hukuku sözleşmesi olarak tarif edebiliriz.

Delil sözleşmesi, senetle ispata ilişkin kuralların istisnasını teşkil eder. Bu sebeple tarafların serbest iradeleri ile aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu kaideler bertaraf edilmekte, kararlaştırmış oldukları deliller ön plana çıkmaktadır.

II. DELİL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KONUSU

Delil sözleşmesinin hukuki niteliğinin tayinini yaparken bu sözleşmenin konusunda hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Delil sözleşmesinin konusu ispattır. Yani uyuşmazlığı oluşturan vakıa veya hukuki işlemlerin nasıl tespit edileceğidir. Bu sebeple delil sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesidir. Zira bu sözleşme asıl etkisini usul hukuku alanında göstermektedir (5).

Delil sözleşmesi, bizim hukuk sistemimizde HUMK.nun 287. maddesinde açıkça kabul edilmiştir. Ancak, bu kabul tüm uyuşmazlıklar açısından söz konusu değildir. Zira, hâkimin re'sen araştırma yükümlülüğü olan davalarda delil sözleşmesi geçerli değildir.

(2) KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü ilaveli 5. bası, C. II. Ankara 1990, sh 1976.

KURU.B-ARSLAN.R-YILMAZ. E Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, genişletilmiş 6. bası, Ankara 1994, s. 420.

(3) BİLGE, N-ÖNEN-E.; Medeni Yargılama Hukuk Dersleri, Ankara 1978, Sh 495.

(4) Y. 11. HD. 28612/1978 tarih, E. 5258 K. 5916 sayılı Kararı (Batider, 1979, C. XS. 1, S. 228) Bkz., Y. 13. HD. 13.4.1989 gün 1988/765-2165 sayılı karar (YKD, C. 16, S. 1-6, sh. 252).

(5) KURU, Sh, 1978; KURU-ARSLAN-YILMAZ, Sh. 420.

Delil sözleşmesi, medeni yargılamayı ilgilendiren ve ispatın kolaylaştırılmasına veya zorlaştırılmasına ilişkin bir sözleşmedir.

Delil sözleşmesi müessesesi, bizim hukukumuzda olduğu gibi kıta Avrupa'sında açıklıkla kabul edilmiş değildir. Özellikle Fransa'da HUMK.nun 287. maddesine benzer bir düzenleme olmamasına rağmen uygulama ile kabul görmüştür (6).

Delil sözleşmesinin aleyhinde ve lehinde düşünenler mevcut olmasına rağmen, geçerliliği ve kabulü olan bir kurumdur. Delil sözleşmesinin lehinde düşünen yazarlar çeşitli gerekçeler getirerek bu müesseseyi savunmaktadırlar. Örneğin, bir yazara göre usul hukukunda delil sözleşmesine yer verilmesinin sebebi sübjektif haklarda mutlak tasarruf yetkisi fikridir (7). Bir başka yazar ise delil sözleşmesini caiz olmasını Medeni Yargılama Hukukuna ait ilkelerle bağlantılı olarak açıklamakta; taraflara tanınan yetkiler, hakimın re'sen delilleri araştırmamasını bu sözleşmeyi destekler mahiyette olduğunu düşünmektedir (8).

Bu konudaki tartışmayı bir kenara bırakacak olursa Türk Hukukunda da delil sözleşmesi HUMK.nun 287. maddesinde açıkça kabul edilmesine rağmen bazı durumsalara neden olmuştur. Özellikle bu maddenin senetle isbatı gereken bir hususun tanıkla da isbat edebileceğine dair delil sözleşmesini kapsayıp kapsamadığı kuvvetli bir delille ispatı gereken bir vakıa veya hukuki işlemin zayıf delille ispatını düzenleyip düzenlemediği bir başka anlatımla kesin delille ispatı gereken bir hususun taktiri delille ispat edilip edilemeyeceğine yönelik sözleşmelerde tereddüde neden olmuştur. Fakat, Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararıyla (9) konuya açıklık getirmiştir. Kararda, özetle, delil sözleşmesinin caiz olduğu, bu sözleşmenin delilin nev'i bakımından kayıtsız şartsız kabul edildiği tanıkla ispat edilmeyen bir olayın belli tanıklarla ispat edilebileceğinin mümkün olduğu belirtilmektedir.

Daha öncede belirttiğimiz üzere, hukukumuzda delil sözleşmesi hakimın re'sen araştırma yapacağı davalar haricinde tartışmasız geçerlidir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla birlikte delil sözleşmesinin tüm delilleri kapsadığı da vakidir. Buna rağmen kanun koyucu bu açıklıkla yetinmemiş, 1711 sayılı Kanunla HUMK.nun 289. maddesini değiştirerek senetle ispat edilecek olan hususların karşı tarafın muvafakıyla tanıkla da ispat olunabileceğini düzenlemiştir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararları kanun gücünde olmasına rağmen bu düzenlemeyle tüm tereddütlerin son bul-

(6) UMAR, B. Delil Antlaşmaları İHFM, 1962, sh. 857.

(7) BERKİN, N.M.; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul (tarihsiz) sh, 746.

(8) POSTACIOĞLU, E; Medeni Usul Hukuk Dersleri, İstanbul, 1975, sh. 594.

(9) Y.B.K. 18/03/1959 Tarih 18/21 sayılı karar (SINMAZ-, B. KARATAŞ, İ; İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve ilgili Mevzuat.

ması yeğlenmiştir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, kanun haline getirilmiştir. Hatta daha da ileri gidilerek kanundaki tanık dinletme yasağının kamu yararı düşüncesi ile değil, tarafların yararını gözetmek için konulduğu nazara alınıp iznin tanıkların bildirilmesinden önce veya sonra verilebileceği kabul olunmuştur. Bu durum delil sözleşmesinin bir sonucudur (10).

Kanaatimizce 1711 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik olumludur. Zira, hâkimin tanık dinletilmesine tarafın muvafakat edip etmeyeceğini sorması oldukça yerindedir. Çünkü bu değişiklik delil sözleşmesini kabul eden kanunumuzun anlayışına uygun olduğu gibi, yargının hızlı işlemisine de katkı sağlayıcıdır.

Delil sözleşmesi ile delillerin tayinine, ispat külfetine ve ispat şekline ilişkin hükümler konabilir. Fakat, sözleşme ile kanunun amir hükümleri bertaraf edilemez (11). Bu sebeple delil sözleşmesiyle geçerlilik şekli yerine başka bir şekil veya bu işlemin ispatı için başka bir delil kararlaştırılmaz. Örneğin, bir gayrimenkulun satıldığınin tanıkla ispat edileceği öngörülemez.

Delil sözleşmesiyle, kuvvetli bir delille ispat edilecek bir vakıa veya hukuki işlemin daha zayıf bir delille ispat olunacağı kararlaştırılabileceği gibi zayıf bir delille ispat olunacak husus daha kuvvetli bir delille de ispat olunması öngörülebilir. Buradaki sonuca HUMK.nun 287. maddesiyle daha önce konu olan içtihadı birleştirme kararının içeriğinden anlıyoruz. Zira, delil sözleşmesini kanunumuz delil nev'ine dikkate almaksızın kabul etmiştir.

Delil sözleşmesi, ancak belli bir olayın veya hukuki işlemin ispatı için yapılır. Bu sebeple sözleşme de olayın veya hukuki işlemin açıkça belirtilmesi gerekir. Bütün uyuşmazlıkların senetle veya tanıkla ispat edileceğine ilişkin taraflar arasındaki delil sözleşmesi geçersizdir. Kısaca delil sözleşmesinin konusunun belirli olması şarttır.

Delil sözleşmesiyle sadece deliller taktir edilmeyecektir. Aynı zamanda, ispatı gerekecek hususu taktir edecek makam ya da şahısta tayin edilebilir. Örneğin, bir inşaatın şartnameye uygun olup olmadığının tespiti bir uzman kişiye veya meslek kuruluşuna bırakılabilir. Bu makam yada şahıslara hakembilirkşi denir. Bu konu, münhasır delil sözleşmesi başlığında ayrıntılı ele alınacaktır.

Delil sözleşmesi yapma hakkı, sınırsız değildir. Çünkü, tarafların tasarrufunun kabul edildiği ve re'sen araştırmanın yapılmayacağı uyuşmazlıklarda söz konusu olabilir. Kanununuz, deliller itibariyle HUMK.nun 287. maddesinin ilk cümlesinde "Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olu-

(10) SONER. L. F; Senetle ispat zorunluluğu, Delil sözleşmesi ve Tanık dinletilmesi, ABD, sayı 1-6. sh. 663.

namaz." şeklinde bir ibare kullanarak belirtilmeye çalıştığı üzere kural olarak kanuni delil sistemini kabul etmiştir. Fakat, kanuni delil sistemi mutlak olarak kabul edilmiş değildir. Çeşitli düzenlemelerle istisnalar getirilmiştir.

III. DELİL SÖZLEŞMESİNİN MEDENİ YARGILAMA HUKUKU İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Medeni Yargılama Hukukunun şekillenmesinde etkili olan bir takım ilkeler mevcuttur. Bu ilkeler, Medeni Yargılama Hukukunun işleyişini yönlendirmektedir. Söz konusu ilkeler, genel hatlarıyla, taraflarca getirilme ilkesi, teksif ilkesi, hakimin araştırma ilkesi, tasarruf ilkesi, hakimin görevinden ötürü hukuku kendiliğinden uygulama ilkesi, yazılılık ilkesi, şifahlılık ilkesi ve yargılamayı hakimin yürütmesi ilkesidir. Sayılan ilkelerden sadece delil sözleşmesini ilgilendirenleri bu başlık altında değerlendireceğiz.

İfade etmek gerekir ki; delil sözleşmesi müessesesi, tarafların davadaki hürriyetlerini savunun klasik düşüncenin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır (12).

Delil sözleşmesi kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda söz konusu olduğu için ve kamunun menfaatini ilgilendirmedığından Anayasada öngörülen akit serbestisine de uygundur.

Medeni Yargılama Hukukunun delil sözleşmesiyle ilgili olarak dikkate değer ilkesi, taraflarca getirilme ilkesidir. Bu ilke, bir uyumsuzluğu yargılama makamı önüne, taraflarca getirilmesi, iddia ve savunmaların ve bunlara dayanak teşkil edecek vakıaların yine taraflarca önü sürülmesidir. Yani, taraflardan bir talep olmadan re'sen bir davaya yargılama makamının bakamamasıdır. HUMK. nun 79. maddesinde "Kanun sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talebe icbar olunamaz" şeklinde bir ifade kullanarak bu ilkeye açıkca yer vermiştir. Taraflarca getirilme ilkesi delil sözleşmesiyle bağdaşmaktadır. Zira, dava açıp açmama hususunda serbesti tanınması, delillerin ve vakıaların davanın yanları tarafından ileri sürülmesinin yanında deliller üzerinde serbestçe tasarruf edip sözleşme yapması oldukça doğaldır.

Bir diğer ilke de tasarruf ilkesidir. Tasarruf ilkesi, bir bakımdan taraflarca getirilme ilkesinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu ilke, tarafların dava konusu üzerinde etki edebilmelerini ifade eder (13). Açılan bir davada davacının davadan feragat etmesi, sulh olması, savunmanın genişletilmesine muvafakat etmesi gibi işlemler bu ilke-

(11) BERKİN, sh. 746.

(12) YILDIRIM, M.K.; Medeni Usul Hukukunda Delillerin değerlendirilmesi, İstanbul, 1990 sh.

(13) ALANGOYA, Sh. 2.

nin sonucudur. Delil sözleşmesinde özellikle tanık dinletilmesine muvafakat edilmesi veya delil sözleşmesinin varlığının ikrar edilmesi bu ilke içerisinde yer alır. Bu sebeple delil sözleşmesiyle tasarruf ilkesi uyuşmaktadır. Zira, delil sözleşmesi, tasarruf ilkesinin bir sonucudur.

Re'sen araştırma ilkesi de kamu yararı düşüncesi ile bir nevi tasarruf ilkesi ve bunla bağlantılı ilkelerin sakıncalarını gidermek için kabul edilmiştir. Yargılamada, hakimin taraflarla birlikte kamu yararı düşüncesiyle tasarruf edebilmesini kapsar. Yani, dava malzemesi taraflarca getirilmesine rağmen hakim bunlarla bağlı değildir. Bu sebeple, kendiliğinden araştırma yapacak, çeşitli deliller isteyebilecek ve hatta talep dışında da karar verebilecektir.

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara boşanma davası, babalık davası gibi davalar örnek verilebilir. Hemen ifade edelim ki; delil sözleşmesi ile bu ilkeyle bağdaşmamaktadır. Zira, bu tip davalarda tarafların tasarruf yetkisi olmadığı gibi, hakim gerçeğin ortaya çıkması için aktif olarak çalışmaktadır. Delil sözleşmesi, bu tip davalarda kamu menfaatlerini ihlal edebileceği gibi hâkimin aktif çalışmasını engelleyeceğinden kabul görmemektedir. Bu resen araştırmanın yapıldığı uyuşmazlıklarda delil sözleşmesi yapılmışsa geçersiz olacaktır. En azından hakimi bağlamayacaktır. Gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak için hakim tüm çabayı gösterecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

I. DELİL SÖZLEŞMESİNİN SENETLE İSPAT KURALLARI KARŞISINDAKİ DURUMU

Kanun koyucu Medeni Yargılama Hukukunda HUMK nun 287. maddesinde de belirtildiği üzere, kanuni delil sitemini kabul ederek devamı maddelerinde ise ispata ilişkin hükümler vazetmiştir. Bu maddeler arasında senetle ispata ilişkin iki ana kural dikkati çeker. Zira HUMK. nun 288. maddesi "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanda miktar veya değerleri 10.000.000 TL geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. "HUMK. nun 290. maddesi de" senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı delil olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak nitelikte bulunan hukuki işlemler 10.000.000 TL. 'den az bir miktar olsa bile tanıkla ispat olunamaz" demek suretiyle bu iki ana kuralı belirtmektedir. Görülüyor ki, Türk Hukukunda kanuni delil sistemi esas olarak alınmıştır. Ancak, daha öncede bahsettiğimiz üzere bu sistem katı anlamda kabul edilmemiştir. Zira, senetle ispata ilişkin her iki ana kuralın istisnalarının kabul edilmesi, maddi hukuki ilgilen-

diren kanunlarda ispati ilgilendiren hükümlerin varlığı ve taktiri delillere yer verilmesi de, bu düşüncenin yani kanuni delil sisteminin yumuşatılması amacının bir ürünü olarak HUMK. nun 287. maddesinde açıkca kabul edilmiştir.

Doktrinde, kanuni delil sisteminin zayıflatılmasının, özellikle davada söz konusu olan hak ve menfaatlerin emniyeti, uyuşmazlığın süratle çözümü, mahkemelerin sustimallere alet edilmemeleri ve tarafların, onlara atfedilen muamelelerde bizzat kendilerine karşı korunmaları gibi hususlar bakımından tehlike arzedebileceği fikri ileri sürülmektedir (14). Bu düşünce haklılık payı taşımakla beraber, Medeni Yargılama Hukukunda kamu menfaatlerinin ikinci planda kalması, tarafların tasarruf yetkilerinin varlığı ve uyuşmazlıkların daha süratli bir şekilde çözümlenmesi ihtiyacı daha çok ağır bastığından kanuni delil sisteminin yumuşatılması bir ihtiyaçtır. Kanaatimizce, kanuni delil sisteminin zayıflatılmasının sakıncaları da gözönüne alınarak bu sistemin yumuşatılması, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ve amir hükümlerin etkili bulunduğu alanlarda az veya hiç olmamalı, diğer alanlarda ise daha fazla olmalıdır.

Delil sözleşmesi, senetle ispata ilişkin her iki ana kuralın istisnasını teşkil eder. Senetle ispat kuralının istisnaları HUMK. nun 292 devamı maddelerinde tanzim edilmiştir. Buradaki istisnalara baktığımızda daha çok senet alınmasındaki maddi ve manevi imkansızlık (15) hallerinin düzenlendiği göze çarpar. Oysa delil sözleşmesinde daha çok taraf iradeleri hakimdir. Taraflar, serbest irade ve istekleriyle senetle ispat kurallarına istisna getirmektedirler. Bir başka ifadeyle taraflar, anlaşmak suretiyle, kanuni delil sistemini dolayısıyla senetle ispat kurallarını bertaraf ederek bir vakıayı veya hukuki işlemi kararlaştırdıkları delillerle ispat etmeyi taahhüt etmektedirler.

II. DELİL SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

A- Genel Olarak

Şekil kavramı, genel ifadeyle iradenin büründüğü biçimi, kalıbı belirtmek için kullanılır. Şekil, ispat şartı olabileceği gibi geçerlilik şartıda olabilir. Bir başka açıdan şekil, resim şekil ve adi yazılı şekil gibi tasnife tabi tutulabilir. Şüphesiz bir hukuki işlemin canlılık kazanması veya ispati için şekil kurallarının öngörülmesinin fayda ve sakıncaları bulunacağı mevcutsa da bizim özel hukuk sistemimiz akit serbestisi ilkesine paralel olarak şekil serbestisini kabul etmiştir. Zira, BK. nun 11. maddesine göre aktin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça, hiçbir şekle tabi değildir.

Hukuki işlemlerin şekle tabi tutulmasının faydalarına, ani karar vermeyi önle-

(14) BERKİN, Sh: 747-748.

(15) KURU, Sh. 1560; KURU-ARSLAN-YILMAZ, sh. 377.

mek, hukuki işlem üzerinde düşünmek, ispatı kolaylaştırmak gibi hususlar örnek verilebilir. Sakıncaları ise hukuki işlemlerin gecikmesi, masrafların çoğalması gibi durumlardır.

Delil sözleşmesi daha önce açıkladığımız üzere bir usul hukuku sözleşmesidir. Delil sözleşmesinin nasıl yapılacağını kanun koyucu HUMK.nun 287. maddesinde belirtilmiştir. Zira "... iki tarafca muayyen delillerle ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında ol veçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz " ifadesini kullanmıştır. Bu ifadeden çıkan anlama göre delil sözleşmesi yazılı şekilde veya mahkeme önünde açıkca ikrar edilmesi halinde sözlü olarakda yapılabilir.

B–Yazılı Şekil

Delil sözleşmesi yazılı şekilde yapılabilir. Zira, HUMK.nun 278. maddesinin "... tahriren kabul edilmiş olan..." ibaresinden bu sonuca rahatlıkla ulaşabilmekteyiz.

Acaba buradaki şekil şartı ispat aracı mı? Yoksa geçerlilik şartı mıdır? Doktrinde hakim olan fikir söz konusu şeklin ispat şartı olduğudur (16). Kanaatimizce de varılan bu sonuç, çok doğaldır. Zira, maddenin tümü dikkate alındığında görülecektir ki, sözleşmenin sadece yazılı şekilde yapılmayacağını, ikrar edilmesi halinde de kabul edileceği düzenlendiğine göre burdaki şekil şartı ispat vasıtasıdır. Umar, haklı olarak yazılı şekle tabi tutulan bir akit bu şekle uyulmaksızın yapılmışsa, onun sözlü yapıldığının ikrar edilmesi de akde sıhhat kazandırmaz demektedir (17). Bu görüşde yazılı şeklin delil sözleşmesi açısından ispat şartı olduğu sonucunu desteklemektedir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, delil sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir. Dolayısıyla, bu sözleşmede akit serbestisi ilkesi geçerlidir. Sözlü yapılması halinde bu sözleşmenin varlığı karşı tarafca ikrar edilebilir. Ancak inkar edilmesi halinde ne olacaktır? Delil sözleşmesinin varlığını iddia eden bunu ispat etmek zorundadır. Hatta varlığı hakkında karşı tarafa yemin dahi teklif edebilir (18).

Delil sözleşmesi müstakil bir sözleşme olarak yapılabilir. Başka ifade ile, konusu sadece delil sözleşmesi olan biri sözleşme yaparak meydana getirebilir. Bunun yanında delil sözleşmesi, asıl sözleşmeye bir ek madde konularak yani asıl sözleşmenin bir parçası olarak da vucut bulabilir. Delil sözleşmesi daha çok daha çok bu

(16) ÖNEN, G.; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1979, sh, 209, u.a; KURU, Sh. 2000, KURU-ARSLAN-YILMAZ, Sh: 423, UMAR, Sh: 858

(17) UMAR, Sh. 858

(18) KURU, SH. 2000

son şekilde yapılmaktadır. Özellikle istisna sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri, bu tip şekil sözleşmelerine iyi örnek teşkil eder.

C- Delil Sözleşmesinin Varlığının İkrar Edilmesi

HUMK. nun 287. maddesi, delil sözleşmesinin ikrar edilmesi halinde de kabul edileceğini düzenlemiştir. Medeni Yargılama Hukukunda ikrar, bir tarafın, diğer tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğunu bildirmesidir (19). Bu sebeple yargılama devam ederken taraflar delil sözleşmesinin varlığını ikrar edebilir. Buradaki ikrar mahkeme içi ikrardır. Sözlü olarak yapılan bir delil sözleşmesi mahkeme dışında ikrar edilirse bunun hüküm ve sonuçları ne olacaktır? Bu soruya herhalde mahkeme dışı ikrarın hüküm ve sonuçlarına tabi olur demek en uygun cevap olsa gerekir. Bu şekilde ikrar olunan delil sözleşmesi, başka delillerle ve emarelerle desteklenirse kabul olunmalıdır.

Delil sözleşmesinin ikrar edilmesi halinde onun varlığının kabul edilmesi zorunludur. Bunu ikrar eden taraf, beyanından vazgeçemeyecektir.

Ancak bu ikrarın, maddi bir hatadan kaynaklandığını ispat ederek dönebilecektir (HUMK. 236/2).

Yetkisiz ve görevsiz olan mahkemede yapılan delil sözleşmesinin varlığının ikrarı da geçerlidir. Buradaki ikrar artık yetkili ve görevli mahkemede delil sözleşmesi için kesin delil tesbit edecektir (20).

Şunu da ifade edelim ki delil sözleşmesini ikrar eden kimse bu sonucu ıslah yoluyla ortadan kaldıramayacaktır. Çünkü *Umar*'ın haklı olarak ifade ettiği gibi ıslah, tarafa yaptığı usulü muameleyi değiştirmek hakkı verir. Fakat bu yolla usulü bir anlaşma ortadan kaldırılamaz (21). Taraf için usulü bir hak kazanma söz konusu olduğundan artık bu sözleşmenin varlığı etkilenmemelidir.

D - Delil Sözleşmesinin Mahkeme Önünde Yapılması

1- Genel Olarak

Delil sözleşmesi, yazılı yada sözlü olarak uyumsuzluğun mahkemeye sirayet etmesinden önce vucut bulabileceği, gibi mahkeme huzurunda da yapılabilecektir. Sözleşmenin bu şekilde yapılmasına en güzel örnek, HUMK.nun 289. maddesinde düzenlenen, taraflardan birinin tanık dinletme isteğinin karşı tarafça kabul edilmesi halidir. Ancak, diğer delillere ilişkin olarak da mahkeme önünde delil sözleşmesi ya-

(19) KURU, SH. 1401, KURU, ARSLAN-YILMAZ, sh. 351

(20) KURU, sh. 1407, KURU- ARSLAN-YILMAZ, sh. 353.

(21) UMAR, Sh. 857

pılabılme olanağı mevcuttur. Zira, delil sözleşmesini tüm deliller için kabul eden kanun koyucunun anlaşmayı da bu yöndedir. Yargıtay da eski bir kararın (22) taraflardan birinin tüm delillerin yeminden ibaret olduğu beyanını karşı tarafın kabul etmesini delil sözleşmesi olarak telakki etmiştir. Fakat delil sözleşmesinin, bu şekilde yapılmasının çok sık karşılaşıldığı hal, taraflardan birinin tanık dinletme isteğine karşı tarafa muvafakat edilmesidir. Bu sebeple konu müstakil olarak ele alınıp incelenecektir.

2- Tanık Dinlenmesine Muvafakat

1711 sayılı kanunla değiştirilen HUMK.nun 289. maddesi "288. madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda yukarıdaki hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakatı halinde tanık dinlenilebilir" demektedir. Bu değişiklikten önce de senetle ispatı gereken hususlarda tanık dinletileceğine yani tanıkla ispat edileceğine ilişkin delil sözleşmelerini Yargıtay kabul etmekteydi (23) HUMK.nun da düzenlenen tanıkla ispat yasağı daha çok tarafların yararı düşünülerek konulduğundan onlara bu konu üzerinde tasarruf serbestisi tanınması kadar doğal bir durum olamaz (24). Tanık dinlenmesine muvafakat edilmesi mahkeme önünde yapılan sözlü delil sözleşmesidir. Acaba bu şekilde gerçekleştirilecek delil sözleşmesi HUMK. nun 289. maddesinde belirtildiği üzere sadece HUMK. nun 288. maddesinde belirtilen kurala mı aittir? Bu düzenleme HUMK. nun 290. maddesinde belirtilen kuralı da kapsamaktadır. Tabii olarak senede bağlı bir borcun ödenmiş olduğunun tanıkla ispat edilebileceğine ilişkin delil sözleşmesi yapılabilecektir (25).

Kanaatimizce kanun koyucunun sadece HUMK. nun 288. maddesinden bahsetmesi unutmaya veya dalgınlık eseridir. Delilin nevine bakmaksızın delil sözleşmesini kabul eden bir anlaşmanın HUMK. nun 290. maddesini kasıtlı olarak kapsam dışı tuttuğu düşünülemez. Bu sebeple, senetle ispat edilen bir hususun hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıran veya zayıflatan iddialar karşı tarafın muvafakatıyla tanıkla ispat olunabilecektir.

Bir vakıanın veya hukuki işlemin tanıkla ispat edileceğine ilişkin delil sözleşmesinin kedisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurabilmesi için gerekli şartlar aşağıda açıklanmıştır.

a- Hâkimin Tanık Dinletilemeyeceğini Hatırlatma Zorunluluğu

Senetle ispat edilmesi gereken bir husus, kural olarak senetle ispat edilmesi gerekir. Bir diğer açıdan da senede karşı ileri sürülen iddia veya savunmalarda senetle ispat edilmesi zorunludur. (HUMK. 288. ve 290. maddeleri).

(22) Y. 3. HD., 22/05/1958 tarih E: 3642 K: 3136 sayılı kararı (Derl. UMAR, sh: 856)

(23) Bkz, 9 nolu dipnottaki belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararı

(24) SONER, Sh. 661

(25) KURU, Sh 2001-2002

Eğer uyuşmazlıkta ispat yükü kendisine düşen taraf, bu yükümünü senetle veya başka bir kesin delille ispat etmek durumunda ise bunu yerine getirmek zorundadır. Yerine getiremez ise tanık dinletmek isteyebilir. Bu halde hâkim karşı tarafa durumu etraflıca açıklayarak, söz konusu hususun senetle (kesin delille) ispat edilebileceği, ancak muvafakat ederse tanık dinlenebileceğini ona hatırlatmak zorundadır. Zira diğer şartlar mevcut olsa da aksi halde delil sözleşmesi vucut bulamayacaktır. Böyle bir eksikliği içeren delil sözleşmesine müsteniden verilen karar temyiz mahkemesince bozulacaktır.

Mahkeme önündeki delil sözleşmesine taraflar genellikle daha çok kesin delille (senetle) ispat yükümlülüğünü yerine getiremedikleri zaman başvururlar. Çünkü, karşı tarafın muvafakatı ile tanık dinletme fırsatı da çıkacaktır.

b- Diğer Tarafın Açık Muvafakatı

Senetle ispat edilmesi gereken bir hususun tanıkla ispatına ilişkin mahkeme önünde yapılacak olan delil sözleşmesinin geçerli bir şekilde vucut bulması için diğer bir şart da şüphesiz ki karşı tarafın buna muvafakat etmesidir. Diğer tarafın muvafakatı, delil sözleşmesinin tamamlanması için gerekli ikinci irade beyanıdır. İrade beyanlarının uyuşması delil sözleşmesinin doğmasına neden olacaktır.

İfade etmek gerekir ki; buradaki muvafakatın açıkca yapılması gerekir. Yani tartışmaya yer vermeyecek şekilde muvafakatın verilmesi gerekir. Aksi halde sözleşme geçerli şekilde doğmaz. Nitekim, Yargıtay da çeşitli kararlarında bu konuya değinerek muvafakatın açık olmasını aramaktadır (26). Zımni muvafakat yeterli değildir. Bu sebeple taraflardan birinin tanık dinletme isteğine diğer tarafın ses çıkarmaması, tepki göstermemesi halinde muvafakat ettiği kabul olunmaz. Hatta kendisinin kanuna aykırı şekilde tanık dinletmesi halinde dahi muvafakat etmiş sayılmaz (27). Sonuç olarak muvafakatın tartışmaya yer vermeyecek şekilde verilmesi gerekir. Bu konuda şüphenin varlığı, delil sözleşmesinin hüküm ifade etmemesi sonucunu doğurur. Temyiz mahkemesince bu durum açıkca gözönüne alınır.

Tanık dinlenilmesine muvafakat, diğer tarafın tanıkların göstermesinden önce olabileceği gibi sonrada verilebilecektir. Yapılan bu değişikle, yargılamanın uzamasına engel olunmuştur (28). Bu sebeple muvafakatın tanık listesinin sunulmasından önce verilebileceği gibi sonrada verilebilir, hatta muvafakatın verilmesini tanıkların kimliklerinin açıklanmasından sonraki zamanada saklayabilir.

(26) Y.13.HD., 11/05/1978 tarihli E: 2188, K: 2220 sayılı kararı (YKD, C. 4, 1978 S: 3-7 sh: 1165) Y. 13. HD. 8/10/1976 tarihli E: 1815 K: 6546 sayılı kararı (YKD, C.3 1977/S.7-12, sh: 968).

(27) SONER, sh: 661

(28) SONER, sh: 661 ve devamı

c- Tanık Dinlenmesine Muvafakatin Tutanağa Geçirilmesi ve Muvafakat Verence İmzalanması

Mahkeme huzurunda tanık dinlenilmesine ilişkin delil sözleşmesinin son şartı da tutanağa geçirilip imzalanmasıdır. Yani, sözleşmenin tamamlanması için tanık dinlenilmesine ilişkin gerekli hatırlatmanın hakimce yapıldığının ve tarafın buna muvafakat ettiğinin tutanağa geçirilip imzalanması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz iki şartla birlikte bu şartında eksiksiz olarak yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde delil sözleşmesi geçerli bir şekilde doğmayacağı gibi, verilen kararda sağlıklı olmayacaktır.

Şartlarına uyularak meydana getirecek olan tanık dinlenilmesine ilişkin delil sözleşmesi gereğince senetle (kesin delil) ispatı gereken vakıa veya işlemler tanıkla ispat edilecektir. Sözleşmenin tutanağa geçirilip imzalanması halinde artık tanık dinlenmesini teklif eden taraf açısından usuli bir hak kazanılmış olacaktır.

ÜÇ ÜNCÜ BÖLÜM

I. DELİL SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

Delil sözleşmesini, hukukumuzun kabul ettiğini ve senetle ispatı ilişkin her iki ana kuralın istisnasını teşkil ettiğine önce değinmiştik (30). Delil sözleşmesi, doktrinde özellikle münhasır delil sözleşmesi ve münhasır olmayan delil sözleşmesi şeklinde ayrılmaktadır. (31). Türk doktrininde başka bir ayırım göze çarpmamaktadır. Fakat *Yıldırım*, delil sözleşmelerinin delillerin değerlendirilmesine imkan verip vermelerine göre ayrılmasını delillerin değerlendirilmesi imkanını ortadan kaldıran sözleşmelerin kabulü şayan olup olmamalarının incelenmesinin gerekli olduğunu düşünmektedir (32).

Biz de konuyu sunarken yukarıda belirttiğimiz tasnifine bağlı kalacağız. Zira HUMK.nun 287. maddesi daha çok mühasır delil sözleşmesi şeklinde ifade edilen delil sözleşmesini ifade etmektedir. Zira "... başka delil kabul olunmaz" derken bu konuyu açıkca düzenlemiştir. Ancak, şunu ifade edelim ki münhasır delil sözleşmesi denilen delil sözleşmesi türü, Alman Doktrininde baskın olarak delillerin değerlendirilmesi ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle kabul edilmemektedir (33).

(30) Bkz. Sh. 2 ve devamı

(31) KURU, Sh, 1978; KURU-ARSLAN-YILMAZ, Sh. 421.

(32) YILDIRIM, Sh: 256.

(33) YILDIRIM, Sh: 259, (709 nolu dipnotdan naklen)

II. MÜNHASIR OLMAYAN DELİL SÖZLEŞMESİ

Münhasır olmayan delil sözleşmesi, ispatı gereken bir vakıanın veya hukuki işlemin ispat vasıtalarının yanında başka bir delille de ispat edileceğine ilişkin delil sözleşmesine denir (34). Bu şekilde yapılan delil sözleşmesi ile ispatı gereken bir vakıanın veya hukuki işlemin ispat vasıtalarının genişletilmesi, çoğaltılması söz konusudur. Münhasır olmayan delil sözleşmesinin varlığı halinde ispat yükü kendisine düşen taraf söz konusu vakıa veya işlemi kanunda belirtilen delillerle ispat edebileceği gibi sözleşmede belirtilen delil veya delillerle de ispat edebilir. Şüphesiz bu tür delil sözleşmesine en güzel örnek senetle ispat edilecek bir hususun tanıklada ispat edileceğine ilişkin sözleşmedir. İspat yükü kendisine düşen taraf vakıayı veya hukuki işlemi senetle ispat edebileceği gibi tanıklada ispat edebilir.

Münhasır olmayan delil sözleşmesi, uyumsuzluk tezahür etmeden yapılacağı gibi meydana geldikten sonrada yapılabilir. Yapılış şekli itibarıyla daha önceden şekil konusunda yaptığımız açıklamalar bu tür delil sözleşmesi içinde geçerlidir(35).

Münhasır olmayan delil sözleşmesi özellikle kanuni delil sisteminin sakıncalarını gidermek açısından faydalı bir müessesedir. Zira, yargılamanın hızlı bir şekilde ceryan etmesi açısından da önem arzeder. Örneğin, unutkanlığı nedeniyle senet almayan bir kimse bu hakkını karşı tarafın inkarı halinde ispatlamayacaktır. Eğer tanık da dinleneceğinin kararlaştırılması halinde hakkını rahatlıkla ispat edebilecektir. Bu tür delil sözleşmesinde, taraflar sözleşmeyle delillerin hepsini belirlemezler. İspat vasıtalarının çoğaltılmasını sağlarlar. Tasarruf ilkesi açısından da bu tür delil sözleşmesi uygundur. Zira, ispat vasıtalarının genişletilmesi, tarafların iradeleriyle çoğaltılması olumludur.

Münhasır olmayan delil sözleşmesiyle ispat yükü kendisine düşen tarafa kolaylık sağlanmakta, ispat konusunda alternatif yaratılmaktadır.

III. MÜNHASIR DELİL SÖZLEŞMESİ

Münhasır delil sözleşmesinde, taraflar, uyumsuzluğun yargılama makamı önüne gelmesinden önce veya sonra, uyumsuzluk konusu vakıa veya hukuki işlemin aralarında kararlaştırmış oldukları bir veya bir kaç delille ispat olunacağını, kararlaştırılan delil veya delillerden başka delil kabul olunmayacağı hususlarında anlaşmaktadırlar. Bu anlam, daha çok HUMK.nun 287. maddesinin kapsamından çıkmaktadır. Görü-

(34) KURU, Şh, 1979, KURU-ARSLAN-YILMAZ, Şh, 42

(35) Bkz, Şh. 11

luyor ki; delil sözleşmesinin tanımı mevzuatımızda daha çok münhasır delil sözleşmesi ağırlıklıdır. Nitekim, Yargıtayın kararları da bu yöndedir (36).

Münhasır delil sözleşmesi doktrinde tartışmalara konu olmuştur. İfade edelim ki, münhasır delil sözleşmesinde delillerin daraltılması söz konusu olmakta, taraflar ispat hususunda kanuni delil kurallarını bertaraf ederek tayin etikleri bir veya bir kaç delille ispatı zorunlu kılmaktadırlar. Daha önceden belirttiğimiz üzere bu tür delil sözleşmesi Alman Doktrininde kabul görmemektedir (37). *Yıldırım* ise delil sözleşmesinin delilleri değerlendirme imkanını ortadan kaldırıp kaldırmamasına göre kabul edilip edilmesinin incelenmesinin ifade ederken bu yöndeki tereddüdünü göstermektediri (38). *Postacioğlu* 'na göre ise bu hususta tartışmaya pek gerek yoktur. Çünkü ona göre kanunen delil serbestisinin cari olduğu bir mevzuda delillerin sınıflandırılması yolundaki anlaşmanın muteber olduğundan şüphe yoktur. HUMK. nun 287. maddenin hükmü bu bakımdan yeteri derecede açıktır. Yalnız delillerin anlaşma yoluyla sınırlandırılmasına gidilince, bu sınırlama isbat imkanını kaldırıcak mahiyette olmamalıdır (39). *Berkin*'e göre de, ispat hakkının sınırlandırılması haktan mahrumiyete mucip olabilir. taraflar haklarında serbestçe tasarruf edebileceklerinden ve haktan feragatleri ancak ideleriyle mümkün olabileceğinden ispat konusunda da serbest sözleşmeye yetkili olmalıdır (40).

Kanatımızca münhasır delil sözleşmesi, delillerin daraltılması sonucunu yaratsa da, şekli hakikatin arandığı, taraf menfaatlerinin ağır bastığı konularda kabul edilmelidir. Taraflar deliller üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelidirler. Bu durum nihai hükme erken ulaşmada etkisi olabileceği gibi usul ekonomisine de uygun düşmektedir. Fakat, bu tahdidin sınırı *Postacioğlu*'nun da ifade ettiği gibi ispat hakkının kaldırılmaması olmalıdır. Yani, sözleşmede zayıf durumda bulunanın bu durumundan yararlanılmamalı, ispatı ortadan kaldıran veya zorlaştırılan delil sözleşmesi kabul ettirilmemelidir.

Türk hukukunda münhasır delil sözleşmesi açıkca kabul görmüştür. Bu sebeple taraflar ancak sözleşme ile tayin olunan delillere dayanabilecekler, başka delil gösteremeyeceklerdir. HUMK.nun 287. maddesi "... muayyen deliller..." ibaresine yer vererek, münhasır delil sözleşmesi ile tayin olunacak delillerin bir veya birden ziyade olabileceğini kabul etmiştir.

Delil sözleşmesinin münhasır olarak yapılması taraflar açısından ağır olduğun-

(36) HGK, 06/01/1965 tarih 1965/11-443 E. 1965/12 K. Sayılı kararı (SINMAZ -KARATAŞ, Sh: 499) 13. HD. 13/04/1989 1988/765-2165 sayılı kararı (YKD, C. 16, S: 1-6, Sh: 252)

(37) Bkz, 33 nolu dipnot

(38) YILDIRIM, sh, 256.

(39) POSTACIOĞLU, sh. 594

(40) BERKİN, sh 746

dan, tarafların münhasır delil sözleşmesi yapmak istediklerinin açıkça belli olması gerekir. Şüphe halinde, delil sözleşmesinin münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir (41).

Münhasır delil sözleşmesiyle taraflar aynı zamanda delillerinin hasretmiş olurlar (42). Kanatimizce bu görüş doğrudur. Zira HUMK. nun 287. maddesi "... başka delil kabul olunmaz" derken bu hususu açıkça düzenlemiştir.

Münhasır delil sözleşmesinin yapılması halinde, tarafların başka delil göstere-meyeceklerini belirttik. Acaba taraflar yargılama esnasında yeni bir delil sözleşmesi yaparak bu sözleşmeyi bertaraf edebilecekler midir? *KURU* , bu durumu kabul etmektedir (43). Kanunda bu duruma engel bir hüküm yoktur. Zira taraflar, malzeme-lerini hazırladıkları uyuşmazlıklarda ispat konusunda tasarrufta bulunabileceklerin-den geçerlilik şartlarına uymak koşuluyla yeniden münhasır veya münhasır olmayan delil sözleşmesi yapabilirler.

Yargıtaya göre, münhasır delil sözleşmesi hakim tarafından re'sen gözetilmek zorundadır. (44). Bu sebeple, hakim başka delil aramayacaktır. Örneğin, bilirkişiye başvuramayacaktır.

Uygulamada münhasır delil sözleşmesinde en güzel örnek, kamu idareleriyle yükleniciler arasında yapılan akitlerde etkisini gösteren bayındırlık işleri genel koşul belgesi gösterebilir. Yargıtayın istikrar arzeden kararlarından da anlaşılacağı üzere bayındırlık işleri genel koşul belgesi delil sözleşmesi hükmündedir (45).

Doktrinçe, münhasır delil sözleşmesine en çarpıcı örnek olarak, hakem-bilirkişi sözleşmesi gösterilir. Hakem bilirkişi müessesesi uygulamada bilirkişi ve hakem kavramlarıyla karıştırılmaktadır. Oysa bunlar farklı kavramlar olduğu gibi farklı mües-seseleri ifade etmek içinde kullanılır.

Bilirkişi, bir uyuşmazlıkta özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda görüşlerine başvurulmuş kimsedir (HUMK. m. 275). Hâkim ve taraflar bu görüşle bağlı değildirlir. Hakem ise tarafların, serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığa sanki mah-keme gibi çözümlenmesi için hakem sözleşmesiyle atadıkları kişidir. Hakemler, bu fa-

(41) *KURU*, Sh. 1985; *KURU-ARSLAN-YILMAZ*, Sh. 422 (61 nolu dipnot)

(42) *KURU*, B; Sh. 1985

(43) *KURU*, B; sh. 1981

(44) Y. 15 HD. 06/03/1981 tarih 1981/441-491 sayılı kararı (SINMAZ-KARATAŞ, SH. 501). Y. 15 HD12/09/1982 gün 1982/2583-2034 sayılı kararı (YKD, C. 10. S 1-6)

(45) Y. 15 HD29/06/1978 tarih E. 1199 K. 1435 sayılı kararı, (ABD, 1978/1-6, sh.878-879) Y. 15 HD. 30/04/1979 tarih E. 908, K. 1003 sayılı karar (YDK, C. 5 sh. 1036), Y. 15 HD 02/06/1980 tarih 80/911-1517 sayılı kararı (YDK, kC. 7, S. 1-6, sh. 213), Y. 15 HD 12/1982 tarih 1981 /441-491 sayılı kararı (YDK, C.7, s. 7-12)

aliyetlerinde usul yasalarına riayetle mükellef olup, verdikleri kararlarda icra kabiliyetine haizdir.

Hakem bilirkişilerin fonksiyonu ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunun miktarını ve niteliğini tesbit etmektir (46). *Atalay*'a göre ise hakem-bilirkişi, bir uyuşmazlığın taraflarınca uyuşmazlığı sonuçlandırmak amacıyla görevlendirilen, kararları ayırık koşullar dışında tarafı bağlayan kişilerdir (47). Kanatimizce bu tanım hakemlerle hakem-bilirkişileri ayırmada yetersizdir. Zira, hakemlerde sözleşmeyle taraflarca seçilir ve kararları bağlayıcıdır.

Hakem-bilirkişi sözleşmesiyle taraflar tespit edilecek olan neticeyi kabul edeceklerini birbirlerine taahhüt ederler. Ancak, hakem-bilirkişilerin verdikleri kararların zorunlu uygulama niteliği yoktur. Çünkü itiraz edilebilir. İtiraz edilmemeleri halinde tarafları ve mahkemeyi bağlar (48).

Buraya kadar açıklamalardan anlaşılacağı ve *Sebük*'ün haklı olarak belirttiği üzere hakemlerle hakem-bilirkişiler arasında en önemli fark, hakem-bilirkişilerin haklar ve hukuki münasebetler üzerinde değil, vakıalar üzerinde karar vermeleridir (49). Bilirkişilerden ise ayrılan en önemli özelliği kural olarak verdikleri kararların tarafları ve mahkemeyi bağlamasıdır. Çünkü, taraflar hakem-bilirkişiler tarafından yapılacak tespiti kabul edeceklerini birbirine taahhüt ederler ve ispatın ancak bu şekilde yapılacağını kararlaştırırlar. Yargıtay da bir kararında hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukuki nitelemesini yaparken bu hususlara değinmiştir (50).

Uygulamaya baktığımızda hakem-bilirkişilerin daha çok inşaat sözleşmelerinde ve sigorta sözleşmelerinde tayin edildiklerini görmekteyiz. Ancak, diğer uyuşmazlık lar içinde rahatlıkla hakem bilirkişiler görevlendirilebilir.

Hakem-bilirkişi, bir kişi olarak kararlaştırılabileceği gibi birden ziyade kişi olarak ta'yin edilebilir. Hakem bilirkişilerin nasıl seçileceğini hakem-bilirkişi sözleşmesinde aramak gerekir. Sözleşmede bu kişiler belirlenmiş ise mesele yoktur. Seçilmeye ilişkin bir usul belirlenmiş ise o usul uygulanmalıdır. Uygulamada taraflar tek hakem-bilirkişi üzerinde anlaşamadıklarından en az üç kişilik kurul şeklinde hakem-bilirkişiler göze çarpar. Bunların ikisi taraflarca birisi ticaret mahkemesince seçilir (51).

Taraflar, mahkemeye başvurmadan uyuşmazlığı kendi aralarında çözümleyebi-

(46) KURU, Sh. 1986

(47) ATALAY, Ö; Hakem-Bilirkişi Kavramı, ABD, 1976-5, sh: 870

(48) ATALAY, sh: 871

(49) SEBÜK, T.; Hakem bilirkişi ve kanuni hakem kararlarının mukayesesi ve tahkim şartı (ABD, 1966-3, s. 503)

(50) HGK. 05/05/1965 tarih 1965/11-776 E. 1965/198 sayılı kararı (SINMAZ-KARATAŞ, Sh: 499)

(51) ATALAY, Sh. 872

lirler. Bu daha çok hakem-bilirkişilerin raporlarını kabul etmeleriyle olur. Hakem-bilirkişilerin raporlarını tespitlerini beklemeden de taraflar mahkemeye başvurabilirler. Mahkeme, hakem-bilirkişiye başvurulmaması, raporun istihsal edilmemesi nedeniyle davayı reddetmez. Çünkü hakem-bilirkişiye başvurulması genel veya özel dava şartı değildir. Ancak, dava açıldıktan sonra mahkeme uygun mehil verip tarafların hakem-bilirkişiye başvurmasını, raporun elde edilmesini beklemelidir. Buna rağmen hakem-bilirkişi sözleşmesinin gereği ikmal edilemezse, mahkeme genel hükümlere göre karar vermelidir.

Tespit edilmiş olan hakem-bilirkişi, görevini yapmadan ölürse veya yapmaktan kaçınırsa bu sözleşme hükümsüz hale gelir. Yargılama esnasında bu durumlar cerayan ederse yine aynı sonuç söz konusu olur. Yargıtay da, bir olayda; aynı sonuca vararak raporun çelişki bulunan bilirkişi öldüğünden tarafların aynı konu üzerinde anlaşmalarını veya yeniden delil sözleşmesi yapılmasına karar vermiştir (52).

Hakem bilirkişiler, tespit yaparlarken hiçbir hükümlerle bağlı değildir. Örneğin, hakemler gibi usul hükümleriyle bağlı değildirler. Görevleri maddi vakıaların tespiti olduğundan, söz konusu faaliyetleri bağımsız bir şekilde yerine getirirler. Bu sebeple, gerekli belge ve bilgileri taraflardan isteyebilirler, onları dinleyerek bilgi edinebilirler.

Yapılan tespit sonucunda elde edilecek rapor sadece bir tespitten ibaret olduğundan, delil hükmüne haizdir. Bu nedenle kendiliğinden infaz kabiliyeti olmadığı gibi, hakem kararları gibi temyiz de edilemezler (53).

Yapılan tespit kural olarak hakimi ve tarafları bağladığına daha önce değinmiştik. Ancak taraflar, rapora itiraz edebilirler. Bu itiraz, sözleşmede belirtilen sürede olacağı gibi (54) süre öngörülmemiş ise uygun bir zaman kesitinde olmalıdır. İtiraz, raporun hak ve nesafete aykırılık taşımasına veya gerçek durumu açıkca kapsamamasına dayandırılmalıdır.

Netice itibariyle diyebiliriz ki; hakem-bilirkişi sözleşmesi münhasır bir delil sözleşmesi niteliği taşıdığına kural olarak tarafları ve mahkemeyi bağlar, bu husus mahkemece re'sen gözetilir.

SONUÇ

Medeni Usul Kanunumuz, esas itibariyle kanuni delil sistemini kabul etmişse de

(52) Y. 15.HD. 22/05/1989 tarih 1989/864-2444 sayılı kararı (YKD, C. 15, S.7-12, sh. 1296)

(53) KURU, sh. 1992

(54) ATALAY, sh. 872

bu sistemi mutlak olarak benimsememiştir. Sistem, çeşitli hükümlerle daha etkili ve tutarlı hale getirilmiştir. Özellikle kıta Avrupası hukuk düzenlerince kabulü daha geç olan delil sözleşmesi müessesesine yer vererek, taraflara yargılama konusunda tasarruf yetkisi bahşetmiştir.

Delil sözleşmesi, şüphesiz ki kişilerin kendi hakları üzerinden dilediği gibi tasarruf edebilmeleriyle ilgi fikrin bir sonucu olduğu gibi medeni yargılama hukukunun tasarruf ilkesinin de tezahürüdür.

Bu sözleşme bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu sebeple yargılamada kendisini göstererek delillere etki eder. Delillerin değerlendirilmesinde hissedilir.

Delil sözleşmesinin bir takım fayda ve sakıncaları mevcut olsa da kanatimizce faydaları ağır basmaktadır. Bu sebeple, kabule değerlidir. Fayda ve sakıncalarına konuyu incelerken çeşitli sebeplerle de değinilmiştir. Netice olarak şunu söyleyebiliriz ki yargılamanın hızlanması, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde dilediği gibi tasarruf etmeleri gibi olumlu katkıları olan bu müessesenin kötüye kullanılarak ispat haklarını zedelemek ve hukuki ilişkide zayıf olan tarafı ezmek veya zor durumda bırakmak amacıyla kullanılmaması gerekir.

— oOo —

KAYNAKLAR

- ALANGOYA, Y.; Medeni Usul Hukuklarında Vakıfaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İst. 1979.
- ATALAY, Ö.; Hakem-Bilirkişi Kavramı, ABD, 1976, s. 1-6.
- BERKİN, N.M.; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarihsiz)
- BİLGE, N-ÖNEN, E.; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- KURU, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, İlaveli, 5. Bası Ankara 1990.
- KURU, B-ASLAN, R- YILMAZ, E.; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 6. Bası. Ankara 1994.
- ÖNEN, E.; Medeni Yargılama Hukuku, 1979.
- POSTACIOĞLU, İ.E.; Medeni usul Hukuku Dersleri İstanbul
- SEBÜK, T.M.; Hakem, Hakem Bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı ABD, 1966, s. 1-6.
- SINMAZ, B-KARATAŞ, İ.; İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve ilgili Mevzuat
- SONER, L, F.; Senette ispt zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, ABD, 1975, s. 1-6
- UMAR, B.; Delil Anlaşmaları, İHFM, 1962, s. 3
- YILDIRIM, M.K.; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990.

BANKALAR AÇISINDAN ARAÇ REHNİNİN MEHKUL REHNİ İÇİNDEKİ HUKUKİ DURUMU

Refik ER (*)

ANLATIM DÜZENİ: I – Giriş. II – Problemin sunuluşu. III – Maddi Hukukta Rehin Kavramı. IV – Mehkul Rehin. I – Tanımı. A – Medeni Kanunda Düzenlenmiş Menkul Rehin. a – Teslimi Gerektiren Rehinler. b – Teslimi Gerektirmeyen Rehinler. B – Diğer Kanunlarda Düzenlenmiş Menkul Rehinleri. a – Teslimi Gerektirmeyen Taşınır Rehin. b – Teslimi ve Sicilsiz taşınır Rehinleri. C – Öğretide İncelenen Taşınır Rehinleri. a – Banka Muamelelerinde. b – Usulsüz Rehin. C – Teminat Makamında Temlik. d – İtimada Müstenid Tevdi. e – Mülkiyeti Muhafaza Mukaveleleri. f – Çeşitli Teminat Gösterme Muameleleri. 2 – Şekil. 3 – Öğeleri. a – Rehin Konusunun Taşınır Mal Olması. b – Borçlanma İşleminin Kurulması. c – Zilyetliğin Devri. V – Sonuç.

I. Giriş

Bilindiği gibi toplumların ekonomik ve sosyal gelişmelerine paralel olarak hukuk kuralları da zaman içinde değişmektedir.

Bu değişim ya yasa koyucu tarafından yasal bir düzenleme ile yapılmakta veya uygulayıcılar yorum yoluyla önelerine gelen somut olaylara hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamaktadırlar.

Son yıllarda bunun en tipik örneklerinden birisi de Bankaların taşıt almak isteyen kişilere verdiği "taşıt kredileridir"

II. Problemin sunuluşu?

Alacaklık, alacağını elde etmek bakımından güven içinde olmak ve borçlusunun muhtemel maddi aczinden korunmak için çok defa alacağını bir tamenata bağlamak ister. Bu teminat bazen kişisel olabilir (kefalet) bazen de borçlu veya üçüncü bir şahıs, mal varlığı içindeki bir değerden alacağını tercihli olarak alabilmek hakkının alacaklıya tanır (Rehin (1))

İşte ekonomik koşulların değişmesi sonucu olarak Bankaların araç almak isteyen kişilere açtıkları kredilerde Bankanın, açılan bu krediyi teminata bağlayabilmesi

(*) – Yargıtay Onursal Üyesi

(1) Gündoğdu Burhan (Rehin Paraya Çevrilmesi) Sh : 1

için aşağıdaki iki yoldan biri seçilmelidir.

Birincisi kredi verilince, bu kredi ile alınan araca kredi müşterisi ile anlaşmalı irtira takibi yapılaraka haciz koymaktadır.

İkincisi kredi verilen ve bu kredi ile alınan araç üzerine rehin tesis etmektedir.

İşte burada inceleyeceğimiz husus bu rehnini kuruluş koşulları, biçimi ve geçerlilik şartlarıdır.

III– Maddi Hukukta Rehin Kavramı:

Maddi hukukta rehin sınırlı bir aynı haktır ve hak sahibine ilişkin olduğu maldan alacağını tercihli olarak elde etme imkanı verir. (2)

Bütün aynı haklarda olduğu gibi rehin haklarında da “Numerus clausus” esası yürür.

Kanunda gösterilen çeşitler dışında bir rehin hakkı doğmaz (3).

Bankaların verdiği kredi sonucu alınan araç üzerinde tesis edilen bu rehinin kuralı olarak bir MENKUL REHNİ olduğu tartışmasızdır.

IV– Menkul Rehni

1–Tanımı: Türk Hukuk Sistemi içinde menkul rehni gerek Medeni Kanunda ve gereksi diğer mevzuatlarda pozitif bir düzenlemeye tabi kılınmıştır. Bunun yanı sıra öğretilerde kabul edilen değişik rehin çeşitleri de bulunmaktadır.

A– Medeni Kanunda düzenlenmiş olan menkul rehinlerini şu şekilde sıralamak mümkündür. (4)

a – Teslimi gerektiren rehinler

aa – Teslim Koşulu taşınır rehni (M . K . 853)

bb – Alacak ve diğer haklar üzerinde rehin (M . K . 868 – 875)

cc – Rehin karşılığı ödünç para verme işleriyle uğraşanlarla yapılan rehin (M . K . 876 – 883)

b – Teslimi gerektirmeyen (Sicilli) taşınır rehni

aa – Hayvan rehni (M . K . 854 m.)

bb – Rehinli tahviller (m . K . 874 – 886 m.)

(2) Saymen F. H – Elbir H. K. Türk Eşya Hukuku dersleri İst. 1963 Sh: 1124 – Wieland –Kanuni Medeni Aynı haklar İsmail Hakkı Karafakih Çevirisi Sh: 533

(3) Bak Saymen – Elbir Sh: 426

(4) A. Haydar Karahacıoğlu – Edip Doğrusöz – Mehmet Altın Türk Hukukunda Rehin Ankara 1996 Sh: 8

B – Diğer Kanunlarda düzenlenmiş olan menkul rehinleri

a – Teslimi gerektirmeyen (Sicilli) taşınır menkil rehinleri

aa – Gemi ipoteği (TTK 875 – 877 vd)

bb – Ticari işletme rehni (1447 s. k.)

cc – Maden cevheri rehin (6309 s. k.)

b – Teslimsiz ve Sicilsiz taşınır rehinleri

aa – Çiftçi malları üzerindeki kanuni rehin hakkı (3202 s. Z. B. Kanunu)

bb – 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Kanunun 12. m belirtilen rehin hakkı

cc – Zirai Donatım Kanununda Belirtilen rehin (4604 s. k.)

dd – Tarım Kredi Kooperatifleri kanununda belirtilen rehin (158 s. k.)

C – Öğretide incelenen taşınır rehinleri-

Özellikle Prof . Dr. Erol Cansel bütün rehinleri şu başlıklar altında toplamaktadır.

a – Banka muamelelerinde müracaat olunan menkul rehni neveleri

b – Usulsüz rehin

c – Taminat makamında temlik

d – İtimada müstenit tevdi

e – Mülkiyeti muhafaza mukaveleleri

f – Çeşitli teminat gösterme muameleleri

Şu durumda menkul rehninin kavram ve hukuki mahiyetinin uyumsuzluk konusu somut olayla sınırlı olarak açıklamak gerekirse menkul rehni bir alacağı temine yarayan başkasına ait mal veya hak üzerinde müesses makhdut aynı hak olup alacaklıya borçludan alacağını almaması halinde rehnedilenin satış bedelinden alacağını tahsil yetkisini verir (5). Buradaki somut olay inceleme konumuz olan araçlar üzerinde Bankaların tesis ettiği rehindir.

2. Şekli:

Yasa koyucu rehni tesisi için herhangi bir şekil şartı koymamıştır (alacak üzerine rehin hakkı hariç).

Menkul rehni düzenleyen M. K. 853/1 maddesi kanunen muayyen istisnalar haricinde bir menkul ancak teslimi meşrut şekilde rehnedilebilir demekle yetinmiş ve herhangi bir biçim koşulu getirmemiştir.

(5) H. G. K. 13. 11. 1996 T ve 996 / 19 – 609 – 764 s. k.

Teslim koşulu taşınır rehninin doğumu için bir yandan bu rehninin kurulması borcunun yükleyen rehin sözleşmesi ve öbür yandan tasarrufu işlemin yapılması gerekir. Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi sözleşme herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı olması yeterlidir.

Nitekim bankalar bu krediyi verdikleri zaman Taşıt Kredisi ve Rehin Sözleşmesi adı altında yazılı bir sözleşme ile yetinmektedirler.

Borçlanma işlemini M. K. 853 anlamında rehin kurma amacı ile taşınırın araçsız zilyetliğini hak sahibine geçirme izler.

3 – Öğeleri:

- a – Taşınır bir mal olacak
- b – Borçlanma işlemi kurulacak
- c – Zilyetlik alacaklıya geçirilecek

a – Rehin konusunun taşınır mal olması:

Medeni Kanuna göre taşınır mallar bir yerden diğer bir yere nakledilebilen (araç, kitap, kalem) gibi eşya ile, taşınmaz mülkiyetine dahil olmayan ve temellüğe elverişli bulunan (elektrik enerjisi gibi) tabii kuvvetlerdir (m. K. m. 686) (6).

İncelememizi konusu taşıt kredisi ve ona bağlı olan rehin sözleşmesi olduğu için konuyu bu çerçevede tutmak ve taşıtın taşınır mal olup olmadığını irdelemek gerekir.

Şimdeyi kadar taşıtların da taşınır mal olduğuna şüphe yoktur. Ne varki 2918 sayılı Kanunla değişik 20/d maddesile trafikte tescilli araçların her türlü devirleri noterlerce düzenlenecek sözleşmelere göre yapılacağı kabul edilmiş ve bu husus satış aktinin geçerlilik koşulu olarak benimsenmiştir.

Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bu değişiklikten önceki kararlarında Trafik Sicillerine konulan hacizlerin araç fiilen haczedilmediği müddetçe geçerli olmaya çağını kabul ederken yasadaki bu değişikliktensonra verdiği kararlarda trafik siciline konulan haczin geçerli olacağına aracın fiilen haczine gerek olmadığına karar vermiştir (7) (8).

Bu değişiklikten sonra araçlar için oluşan bu sicilin hukuki mahiyetini tartışmaya açmakta yarar olduğu kanaatindeyim.

(6) Prof. Dr. Safa Reisoğlu – Türk Eşya Huku 1946 Sh: 6

(7) 15 . H. D. 8. 4. 1993 T. ve 1691 – 1642 s. k.

(8) 15. H. D. 19. 3 . 1992 T. ve 745 – 1410 s. k.

Meseleyi taşınır rehni açısından da incelemekte yarar vardır? Bu konuyu ziyetliğin devri bölümünde inceleyeceğim.

b – Borçlanma İşleminin kurulması:

Uygulamada bu yazılı şekilde yapılan bir "rehin sözleşmesiyle" yapılmaktadır.

Rehin sözleşmesi yapıldıktan sonra bu sözleşme ve sözleşmeye konu olan araç açılan araç kredisi ödenen kadar trafik siciline, rehini olduğu ve aracın üçüncü kişilere satılmayacağı şerhi verilmektedir. İşlem bu şekilde tamamlanmaktadır.

c – Ziyetliğin devri? (Tasarufi muameleler)

Medeni Kanunumuza göre (m. 807) bir şey üzerinde fiilen tasarruf sahibi olan kimse o şeyin ziyedidir. Madde metnindeki "tasarruf" tabiri hâkimiyet olarak kullanılmıştır. Bundan çıkan sonuç ise ziyetlik "bir şey üzerinde hâkimiyettir" diye tanımlanabilir.

Bu tarife göre ziyedliğin mevcudiyeti fiili hâkimiyetin bir hakka dayanmasına bağlı değildir. Hiç bir hakka sahip olmayan hırsızdaki eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti nedeniyle ziyedir.

Ziyedliğin bir aynı hak olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak kanaatimizce ziyedlik kendisine muayyen koşullarla muayyen hukuki necitceler bağlanmış fiili bir durumdur.

İlke olarak ziyedliğin devri bir hakkın devri mahiyetinde değildir.

Teslim koşullu rehinde tasarrufi muamele olarak taşınırın ziyedliğininin rehin alacaklısına teslimi koşuldur. Banka bir anlatımla araç kredisi sonucu alınan aracın rehni halinde bu aracın alacaklıya teslimi gerekmektedir.

Uygulamada Bankalar öncelikle araç kredisi kullanılabilecek kişi ve kuruluşlarla bir "Taşıt Kredisi sözleşmesi bundan sonra bu kişi ile kredi ile alınan araç için "Rehin Sözleşmesi" yapmakta bu sözleşme trafik sicilinin şerhler bölümüne takyidat olarak yazımı (şerhi) bu aşamalardan yapılmakta, sonra aracı bir yediemin sözleşmesiyle üçüncü kişiye yediemin olarak teslim edilmektedir.

Bu yediemin sözleşmesinde üçüncü kişi teslim aldığı bu aracı banka tarafından istendiği anda teslim edeceğini, taahhüt etmektedir.

Görüldüğü gibi burada araç alacaklı bankaya teslim edilmemesine rağmen H. G. Kurulunun yukarıda bahsettiğimiz 13. 11. 1996 tarihli kararında da belirtildiği gibi "rehin tesliminden münhasıran alacaklıya teslimi manası çıkarılmamalıdır. Rehin ziyedliği teslimde kurulabileceği gibi teslimsiz de kurulabilmektedir. (m. K. 890 – 892)" diyerek bir ilkeyi ortaya koymaktadır.

Bilindiği gibi teslim olayı maddi manada eşyanın tesliminden başka şekillerde de geçirebilmekte ve bu hallerde rehin alan rehni fiilen teslim almadığı halde yine rehin

zilyedi olabilmektedir. O halde merhun (rehin) zilyediğini kullanan üçüncü bir şahıs bulunabilir.

Teslim şartlı rehnin bugünkü ekonomik koşullarda ihtiyaca cevap vermediği açıktır.

Özellikle konumsuz olan araç kredisiyle alınan araçlar üzerine rehin konması halinde aracın Bankaya teslimi halinde araç almanın bir esprisini kalmayacaktır.

Uygulamada yediemin olan üçüncü kişi temsilci değil alacaklı bankanın mute-medi olarak görünmektedir. Araç üçüncü kişiye güvenilir kişi (yediemin) olarak tes-lim edilince araç rehin verenin fiili hâkimiyetinden çıkmaktadır. Bu kişi aracı muafaza ve istendiğinde alacaklıya teslimle sorumludur.

Bu durumda alacaklının rehin hakkı sukuta erecek midir? H. G. Kurulunun kara-rında açıkça rehin hakkının sukuta ermeyeceği (Erol Cansel Türk Menkul Rehni Hu-kuku 1967 / Ankara Sh? 111 – Prof Dr. Bülent Köprülü, Prof. Dr. Selim Kaneti – Sı-nırlı Aynı Haklar –1982 İst. Sh. 486) bu eserlere yollama yapılarak belirtilmiştir. Bu-rada çözülmesi gereken hukuki sorun yediemin aracı borçluya teslimi halinde reh-nin kalkıp kalkmayacağıdır.

Bilindiği gibi Medeni Kanunun 857. maddesinin kenar başlığı "Sukut" başlığını taşımaktadır. Bu hakkın sona ermesi yasaya göre şu şekillerde olmaktadır. Rehin alacaklısının bu hakkından vaz geçmesi, rehine konu taşınırın yok olması, süreye bağlanmışsa sürenin sona ermesi, taşınırın cebir satışı, alacaklı ile malik sıfatının bir-leşmesi ve zilyedliği zayi olması şeklinde özetlenebilir.

Zilyetliğini kaybedilmesi ise Medeni Kanunun 889. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "zilyedliğin kullanılması geçici mahiyetle bazı sebepler yüzünden imkansız olur veya kesintiye uğrarsa zilyetlik kayıbedilmiş olmaz". Başka bir anlatımla zilyed eşya üzeride fiili hâkimiyetini devamlı bir sebep dolayısıyla kaybet-tiği takdirde zilyedlik sona erer. Zilyed mülkiyeti devretmek üzere eşyayı başkasına teslim ettiği veya mülkiyet hakkına son vermek niyetiyle eşyayı terk ettiği takdirde ri-zaen zilyedliği son bulmuş olacaktır.

Tüm bu açıklamalardan sonra rehin alacaklısı rehin üzerindeki zilyedliğini ve üçüncü kişiden (yediemininden) geri isteme hakkını yitirdiği, diğer bir anlatımla reh-inli alacaklının nesneyi açık iradesiyle kesin olarak geri vermesi veya bir başka kişinin rehin üzerinde iyi niyetli müktesip olması (M. K. m 901 – 903) durumunda rehin hak-kı sukut eder.

Rehin alacaklısının zilyedlik (M. K. 895) zilyetliğe haklılık davası (M. K. 902) aç-ma hakkı mevcut oldukça ve zilyetliğin isteği dışında elinden çıkmış olması gibi hal-lerde rehin hakkının sona ermeyeceği açıktır.

Yine M. K. 857 / 2' nci maddesi ise rehin hükümlerinin askıda kalması hallerini düzenlemiştir. Bu fıkrada "rehin mürtehinin rızası ile merhun üzerinde fiilen yedini idame ettikçe rehin hükümleri muallakta kalır" kuralı getirilmiştir.

Zilyedlik sona ermesine ragmen rehin sona ermemekte askıya alınmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan sonra M. K. 853' ncü maddesine göre kurulmuş bir rehin sözleşmesi sonucu, yediemine teslim edilen aracın veya anahtarlarının yediemin tarafından borçluya teslim edilmesi halinde rehin hakkının sona ermediği ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay 11'nci Hukuk Dairesi 12. 6. 1981 tarih ve 981/250-3018 sayılı kararında "olayda hernekadar gerek rehin bordrosunda gerekse yedieminlik senedinde rehnedilen makinelerin davacı bankaya, onun tarafından da davalı yediemine teslim edildiği yazılı ve bu suretle M. K. 853 maddesine uygun bir durum varsa da bilfiil teslim vaki olmamış olsaydı dahi M. Kanununun 892/1 maddesinin anılan hükmü gereğince ziyedlik teslimsiz de geçmiş olacağından teslimi meşrut rehin koşulları yine yerine getirilmiş olacaktır" diye bu ilkeye açıklık getirmiştir.

Yüksek Daire bu kararında yediemine teslimin yeterli olduğunu kaldığı M. K. 892 / 1. maddesi dikkate alındığında yediemine teslim edilmese dahi yine rehinin geçerli olacağını açık seçik vurgulamıştır.

V – Sonuç:

Görüldüğü gibi Medeni kanunun bu konuya ilişkin getirdiği kurallar artık ticari hayatın çok gerisinde kalmıştır. Yasaya sıkı sıkı bağlı kalınması halinde bankaların özellikle araç kredisi vermekte çok zorlanacağı açıktır. En sağlıklı yol yasa koyucunun bu gibi sorunları yasal düzenleme ile çözmesidir.

Ancak görüldüğü gibi yasalarımızdaki bir çok kural toplumun ticari sorunlarını çözemez hale gelmiştir.

Somut olayda Yüksek Mahkeme bugünün koşullarını uygun bir çözüm getirmiştir. Hem Yargıtay 11'nci Hukuk Dairesinin 12. 6. 1981 tarih ve 981 / 250 – 3018 sayılı kararı (yayınlanmamıştır) hem de Hukuk Genel Kurulunun 13. 11. 1996 tarih ve 1996 / 19 – 609 – 1996 / 764 sayılı kararı (yayınlanmamıştır) gününü koşullarına uygun bir çözüm getirmiş ve bankaların bu uygulamasına hukuki geçerlilik tanımıştır.

Kanaatimizce bu çözümü daha ileriye götürmek de mümkündür.

18. 6. 1985 tarihinde yürürlüğe giren 3176 sayılı Kanunla 2910 sayılı K Trafik Kanununun 20'nci maddesinde değişiklik yapılmış. Tescili zorunlu yapılacak araçların satın alma veya gümrükten çekme tarihinden itibaren

de araç sahiplerinin ilgili tescil kuruluşuna başvurma zorunlu olduğu tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirlerinin araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgeleri esas alınarak noterlerce yapılacağı kuralını getirmiştir.

Ayrıca satışların noterlerce tescil belgesine tarih konularak ve tasdik edilmek suretiyle işleneceği, tescil edilmiş araçların satış ve devir işlemlerinin noterler tarafından sicile işlenmek üzere işlemin tekamlünü müteakip en geç yedi iş günü içinde ilgili tescil kuruluşuna bildireceği noterlerce yapılmayan her çeşit satış ve devirlerin geçersiz olduğu, tescilli araçları satın veya devir alanların gerekli bilgi ve belgeleri sağlayarak ilgili tescil kuruluşundan bir ay içinde tescil belgesi almak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır.

Bu yasanın gerekçelerinden biri de milyarlarca varan değer ifade eden moturlu teşit alım – satımlarının sadece menkul niteliği gözününe alınarak teslimle intikal ettiği kabulü pek çok mülkiyet tespit davalarına sebep olduğu gemiler gibi bir ayrıcalık getirilmesi zaruri görülerek 20'ci maddenin (d) bendi sonuna Noterlerce tasdik, tasdik ve tescil edilmemiş araç satış ve devrinin geçersiz olduğuna dair bend eklenmiştir. Görüldüğü gibi araç satış işlemi kamu düzeniyle ilgili görülmüş satışı biçim koşuluna bağlanmış ve gemi sicili gibi oluşmuştur.

Nitekim Yüksek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de buradan hareketle fiili haciz olmadan da sırf Trafik Siciline konan haciz şerhinin yeterli olduğu içtihadında bulunmuştur.

Bankalar taşıt kredisi ve rehin sözleşmesi yaparken rehinin mutlak ve mutlak Trafik Siciline tescilini şart koşmakta ve bu şerh sicile işlenmektedir.

Nasıl ki tapu sicillerinin tutulması kamu düneziyle ilgili görülmüş ve bu tür şerhlerin geçerli olduğu kabul edilmişse Trafik Sicilinin tutulması da kamu düzeniyle ilgili olup bu şerhin de teslim edildiydi edilmediydi diye ekonomik olmayan bir koşula bağlanması doğru değildir.

Bunun en doğal sonucu rehin sözleşmesinin Trafik Siciline şerhedilmesi halinde bu rehinin geçerli olduğunu kabul etmek olmalıdır.

— oOo —

KAYNAKÇA

- 1 – Prof. Gündoğdu Burha; Rehin Paraya Çevrilmesi –Ankara 1967
- 2 – Prof. Saymen Ferit Hakkı – Prof. Elbir Kemal; Türk Eşya Hukuku Dersleri – İstanbul 1963
- 3 – Karahacıoğlu Ali Haydar – Doğrusöz Edip – Altın Mehmet; Türk Hukukunda Rehin – Ankara 1996
- 4 – Prof. Reisoğlu Sefa; Türk Eşya Hukuku – Ankara 1946

MEDENİ KANUNDA YAPILAN SON DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA YOKSULLUK NAFAKASI

(I)

Mustafa ATEŞ (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş 1. Yoksulluk Nafakasının Niteliği, Amacı ve Medeni Kanundaki Yeri. I – Yoksulluk Nafakasının Niteliği ve Amacı. II – Yoksulluk Nafakasının Medeni Kanundaki Yeri. 2 – Yoksulluk Nafakasının Aile Hukukundaki Diğer Nafakalar ve Boşanmadan Doğan Maddi Tazminatla Karşılaştırılması. I – Yoksulluk Nafakasının Tedbir Nafakası İle Karşılaştırılması. II – Yoksulluk Nafakası ile İştirak Nafakasının Karşılaştırılması. III – Yoksulluk Nafakası ile Yardım Nafakasının Karşılaştırılması. IV – Yoksulluk Nafakası ile Boşanmadan Doğan Maddi tazminatın Karşılaştırılması. 3 – Yoksulluk Nafakasının Şartları. I – Boşanmanın Gerçekleşmesi. A – Genel Olarak. B – Boşanma Kararından Sonra Nafaka İstenebilir mi? II – Eşin Boşanma Nedeni İle Yoksulluğa Düşecek Olması . A – Genel Olarak . B – Yoksulluğun Anlamı. C – Yoksulluğun Boşanmanın Sonucu Olması. D – Yoksulluğun Gerçek Olması. III – Erkeğin Nafaka İsteyebilmesi İçin Kadının Hali Refahda Olması . IV – Nafaka Talep Eden Eşin Kusurunun Daha Ağır Olması. V – Yoksulluk Nafakasının Talep Edilmesi. A – Genel Olarak. B – Nafakanın Başlangıcı. C – Nafaka Talebinin Bağlı Olduğu Süre.

GİRİŞ

Nafaka, bazı kişilere, diğer bazı kişilerin iâşe ve bakımını sağlama borcu yükleyen bir medeni hukuk müessesidir. Felsefi temellerini dini ve ahlâki telakkilerden alan bu müessese oldukça eskilere dayanan bir tarihçeye sahiptir; bugün ise, devletin uyulmasını emrettiği kurallara, hukuka ve kanuna dayanan bir aile hukuku müessesesi haline gelmiştir.

Sözlük anlamıyla nafaka, bir kimsenin eş ve çocuklarının bakımı ve geçimi için sarfedilen şeydir. Daha geniş anlamıyla, belli dereceye kadar hısımları olan şahısların maddi açıdan sıkıntı ve yoksulluk içinde bulunmaları halinde, hali vakti yerinde olanın, yoksulluk içinde bulunana yardımda bulunması yani onun beslenme, giyecek ve ev ihtiyaçlarını karşılaması, kısaca ona yardımda bulunmasıdır.

Türk hukukunda bir aile hukuku müessesesi olarak düzenlenen nafaka genel olarak bakım ve yardım nafakası olarak iki grupta ele alınmaktadır. Bakım nafakası

(*) Ankara Barosu Eski Avukatı.

kaynağını evlilik ve doğumdan alır ve karı-koca ve çocuklar arasında sözkonusu olan bir nafakadır. Yardım nafakası ise, karı-koca ve çocuklar dışındaki kan veya hukuki bağlarla birbirine bağlı hısımlar arasında söz konusudur.

Bu incelemede, karı-koca arasında cari olup, bir bakım nafakası niteliğinde olan yoksulluk nafakası, Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik çerçevesinde ele alınacaktır.

Ş 1. YOKSULLUK NAFKASININ NİTELİĞİ, AMACI VE MEDENİ KANUNDAKİ YERİ

1. YOKSULLUK NAFKASININ NİTELİĞİ VE AMACI

Medeni Kanun, birbirleriyle evli olan farklı cinslere karşılıklı olarak yek diğerine yardımda bulunmalarını bir aile vecibesi olarak yüklemiştir (MK. 151 / II) . Eşler arasındaki bu karşılıklı bakım ve yardım ödevi, evlilik boyunca devam eden bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük gereğidir ki, "koca, karı ve çocukların münasip veçhile yaşesini" sağlamak zorundadır (MK. md. 152/II). Aynı şekilde, karı da gerektiği zaman gücünün yettiği nispette kocasına müzaharette bulunmaya mecburdur. (MK. md. 153 / III).

İşte yoksulluk nafakası, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince bir diğerine bakma mükellefiyetinden kaynaklanan bir bakım nafakası türüdür. Ancak bu nafakanın diğer bakım nafakalarından farkı, karı ya da kocanın boşanmadan sonra yoksulluğa düşmesi halinde ve diğer eşin ekonomik gücüne göre süresiz olarak isteyebileceği bir nafaka türü olmasıdır.

Tekrar belirtelim ki, nafaka yükümlülüğü evlilik birliğinin getirdiği bir vecibedir. Boşanma ise bu vecibeyi sona erdirmektedir. Ancak, kanun koyucu, sırf sosyal ve ahlâki mülahazalardan hareketle bu genel prensipten ayrılmak mecburiyetini hissetmiş ve bu yükümlülüğü evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen muayyen bir süre ile(1) ve hatta süresiz olarak devam ettirmeyi uygun görmüştür.

Sonuç olarak, yoksulluk nafakasının amacı, MK. md. 152'den kaynaklanan kocaya ve ayrıca kocanın zarurete düşmesi halinde kadına ait nafaka yükümlülüğünün boşanma ile sona ermesi üzerine, boşanma sonrasında yoksulluğa düşecek eşin

(1) TEKİNAY, S.S.: Türk Aile Hukuku, B. 6, İstanbul 1986, sh. 273; YALÇINKAYA/KALELİ: Yeni Boşanma Hukuku, C. II, B.II, Ankara 1988, sh 2085; VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, B. 5, İstanbul 1965, sh. 261; FEYZİOĞLU, Necmeddin: Aile Hukuku, B. 3, İstanbul 1986; İNAL, Nihat: "Yoksulluk Nafakası ve Tazminat" AD. 1970, s. 6, sh. 372.

sosyal ve ahlâki düşüncelerle korunmasıdır (2). Bu itibarla, unutulmamalıdır ki, yoksulluk nafakası, kusuru daha az olan eş tarafından istenebilir; amaç onun geçiminin asgari ölçüde sağlanmasıdır. Bu müessesenin, kusuru daha ağır olan eşin cezalandırılması veya tazminata mahkum edilmesi amacına yönelik olduğu asla düşünülmemelidir.

II- YOKSULLUK NAFKASININ MEDENİ KANUNDAKİ YERİ

Yoksulluk nafakası, Medeni Kanun'un "Aile Hukuku" isimli ikinci kitabında ve boşanmanın hukuki sonuçları arasında 144. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme şeklinden yoksulluk nafakasının boşanmanın mali sonuçlarından birisini oluşturduğu sonucu çıkmaktadır. Bu nafakanın ödenme şartları 144. maddede, ödenmesi ile ilgili esaslar ise, 145. maddede düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddesi 4.5.1988 tarih ve 344 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değiştirilmeden önce şöyle bir hükme yer vermiş idi.

"Kabahatsiz olan karı yahut koca boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkum edilebilir".

Bu hüküm, 3444 sayılı Kanunla şu şekilde değiştirilmiştir (3).

"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğeri eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz".

Görüldüğü gibi, eski metindeki 1 yıllık nafaka yükümlülüğü süresi bu değişiklik ile süresiz hale getirilmiştir. Eski metindeki bir yıllık süre kaydı öğretilere konu oluyordu. Nitekim; İsviçre Medeni Kanununun 152. maddesinde de süresiz olarak nafakaya hükmedilebilme esası bulunmakta idi (4). Yapılan diğeri bir değişiklik ise, erkeğin de kadından (kadının hali refahta bulunması kaydıyla) nafaka talep edebilmesine imkan sağlanmış olmasıdır.

Medeni Kanun'da yoksulluk nafakasıyla ilgili başka bir hüküm daha bulunmaktadır. Bu hüküm, "Tazminat ve nafakanın ödenme şekli" kenar başlığını taşıyan 145. maddedir. Bu madde, tazminat ve yoksulluk nafakasının ödenme şekilleri ile miktar-

(2) EGGER, A.: Aile Hukuku, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. II, B. 2, İstanbul 1943, (Çev. T. ÇAĞA), md. 152. No. I; BOZOVALI, Haluk: Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990, sh. 67.

(3) 3444 sayılı Kanun için bkz. RG. 12.5.1988 tarih ve S. 19812.

(4) TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, C. 10, Y. Yılı 1. S. sayısı 25, sh. 6.

larının indirilmesi veya tamamen kaldırılması ile ilgili esasları düzenlemektedir. Eskiden tek bir fıkradan ibaret bulunan 145. madde, 3444 sayılı Kanunla değiştirilerek dört fıkra halinde ve eskisine nazaran oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Aşağıda hem 144. madde hem de 145. madde, değiştirilmeden önce ihtiva ettikleri hükümleriyle mukayeseli olarak ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2. YOKSULLUK NAFKASININ AİLE HUKUKUNDAKİ DİĞER NAFKALAR VE BOŞANMADAN DOĞAN MADDİ TAZNİMATLA KARŞILAŞTIRILMASI

I- YOKSULLUK NAFKASININ TEDBİR NAFKASI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yoksulluk nafakası, boşanmadan dolayı eşlerden birinin yoksulluğa düşmesi halinde diğer eşten talep edilen bir nafaka türüdür. Tedbir nafakası ise, yoksulluk nafakası gibi bir aile hukuku müessesesidir. İkisi de karı-kocanın birbirlerine yardımda bulunma yükümlülüğünden kaynaklanır. Ancak, tedbir nafakasının amacı, evlilik birliğinin devamını sağlama ve korumaya yöneliktir (5). Bu açıdan bu nafakaya "siyaset nafakası" da denilmektedir. Yoksulluk nafakası boşanmadan sonrası için öngörüldüğü halde, tedbir nafakası ayrılık veya evliliğin tatili halinde evlilik birliğini kurtarmak amacıyla mali bir destek olarak öngörülmüştür. Bu sebeple yoksulluk nafakası evlilik birliği devam ederken (mesela hukuki veya fiili ayrılık hallerinde) istenemeyeceği gibi, boşanma halinde de tedbir nafakası istenemez. Tedbir nafakasını eşlerin birbirinden talep etme imkanını sahip olduğu kadar, bu nafakayı çocuklar da talep edebilir. Fakat yoksulluk nafakasını çocuklar talep edemez. Keza, yoksulluk nafakasını talep eden eşin boşanma dolayısıyla yoksulluğa düşecek olması gerekir. Oysa tedbir nafakasının talep edilebilmesi için kanun böyle bir şart öngörmemiştir. Hatta YHG. Kurulunun bir kararında (6) kadının çalışması ve gelirin bulunmasının kocayı nafaka yükümlülüğünden kurtarmayacağı belirtilmiştir. Diğer bir fark da, yoksulluk nafakasına talep olmadan re'sen hükmedilemediği halde, özellikle boşanma ve aykırılık davası açılınca MK. 137. maddeye göre hâkimin re'sen tedbir nafakasına hükmedilmesidir (7).

-
- (5) ÇELİKTAŞ, Demet: "Medeni Kanunda ve Medeni Kanun Öntasarısında Nafaka", YD. C. 15, Özel Sayı 1989, sh. 656.
- (6) YHGK, 22.2.1989, E. 1989/2-70, K. 102 (İKİD, s. 344, Ağustos 1989, sh. 6609-6610); 2.HD, 27.2.1986, 1854/2099 (ŞENER, Esat: Açıklamalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1989, sh. 91, N. 10).
- (7) HGK, 31.1.1990, E. 989/2-606, K. 990/34 "İstek olmasa dahi 3444 sayılı Kanunla değişik MK'nun 137. maddesi uyarınca eş için uygun miktarda tedbir nafakası hükmedilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmemiş olması usul ve kanuna aykırıdır." (BOZOVALI, sh. 27, dnt. 110 a)

II- YOKSULLUK NAFKASI İLE İŞTİRAK NAFKASININ KARŞILAŞTIRILMASI

İştirak nafakası, boşanma ve ayrılık halinde çocuğun velayeti kendisinden alınan tarafın, kudretine göre, onun infak ve terbiye masraflarına iştirak amacıyla velayet hakkını haiz olan eşe vermekle mükellef olduğu nafakadır (MK. 148/II) (8). İştirak nafakası bu yönüyle yoksulluk nafkasına benzemekte ise de, ayrılık halinde de hükmedilebilmesiyle ondan farklıdır. Keza, iştirak nafakası talep olmadan da re'sen hükme bağlanabilir (9). Yoksulluk nafakası için talep şartı vardır. İştirak nafakası çocuğa ait bir hak olup, onu talep yetkisi çocuğun reşit olmadığı hallerde, onun tevdi edildiği tarafa veya vesayet altındaysa vasiye aittir (10). Yoksulluk nafkasını talep hakkı ise, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan eşe aittir. İştirak nafakası, kural olarak çocuğun reşit olmasına kadar devam eder, ancak belli hallerde (çocuğun eğitim görmesi gibi) reşit olduktan sonra da yardım nafakası olarak devam edebilir (11). Yoksulluk nafakası ise süresiz olarak devam edebilir; ancak kanunda sayılan hallerde (MK. 145/III) sona erer.

III- YOKSULLUK NAFKASI İLE YARDIM NAFKASININ KARŞILAŞTIRILMASI

MK. 315-317'de düzenlenen yardım nafakası usul ve furuğ ile erkek ve kız kardeşler arasında cari olan bir nafakadır. Yoksulluk nafakası ise dar anlamda aileyi ifa eden karı-koca arasında söz konusudur. Yardım nafakası alacaklısının talepte bulunabilmesi için, zaruret halinde bulunması ve nafaka talebine ilişkin beyanda bulunması şarttır (12). Yoksulluk nafakası da bu bakımdan yardım nafkasına benzemektedir. Usul – furuğ arasındaki yardım nafakası, kadının kocasından nafaka talebine benzer şekilde- kardeşler arasındaki yardım nafakası ise, kocanın kadından yoksulluk nafakası talebine benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, kardeşlerin birbirinden yardım nafakası talebinde bulunabilmeleri için nafaka borçlusunun, kocanın da kadından yoksulluk nafakası talebinde bulunabilmesi için kadının "hali refahta" bulunması gerekir. Yardım nafkasında nafaka davası, bununla mükellef

(8) FEYZİOĞLU, sh. 389; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, B. 2, Ankara 1983, sh. 275; ÜYEGİL, Fikret: "Nafaka Davaları ve Uygulama", AD. 1953, sh. 2, 210; ÇELİKTAŞ, sh. 672.

(9) ÖZTAN, sh. 275; ÇELİKTAŞ, sh. 673; ÜYEGİL, sh. 210.

(10) FEYZİOĞLU, sh. 390; AKINTÜRK, sh. 243; 2HD., 2.4.1984, E. 2958, K. 3123 (YKD. 1984, C. X, S. 8, sh. 1166).

(11) YHGK, 1.10.1969, E. 2-677, K. 720, (ABD, 1970, S. 1, sh. 82); AKINTÜRK, Turgut: Aile Hukuku, Ankara 1978, sh. 243.

(12) ERGENEKON, Yılmaz: Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları, Ankara 1966, sh. 65.

olanlar hakkında mirastaki tertip sırasına göre açılır (MK. 316). Yoksulluk nafakası davasında böyle bir sıra yoktur. Davanın tek muhatabı vardır- o da ya koca , ya da kadındır. Yardım nafakası, hısımlık hukukundan yoksulluk nafakası, evlilik hukukundan doğar (13). Yardım nafakası da yoksulluk nafakası gibi süresiz hükmedilebilir.

YOKSULLUK NAFKASI İLE BOŞANMADAN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN KAŞILAŞTIRILMASI

MK'nun 143/1. maddesi boşanma yüzünden mevcut veya munzatar (beklenen) bir menfaati haleldar olan eşin, kusursuz olmak şartıyla, kusurlu eşten nünasip bir maddi tazminat talep edebileceğini hükme bağlamıştır. 144. maddenin düzenleme konusu olan yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için boşanmadan dolayı "yoksulluğa düşme" şartı arandığı halde, tazminat talebinde bu şart koşulmamıştır (14). Aynı şekilde, kanun- maddi tazminat talep edilebilmesi için talepte bulunan eşin kusursuz, tazminat borçlusunun ise, kusurlu olmasını şart koştuğu halde- nafaka talebinde bulunan eşin diğer eşe nazaran kusurunun daha az olmasını yeterli görmüştür. Nafaka yükümlüsünün kuruşu ise hiç aranmamaktadır (MK . 144/II). Son olarak, kanun erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için kadının "hali refahta" bulunmasını şart koştuğu halde, erkeğin kadından maddi tazminat talep edebilmesi için kadının "hali refahta " bulunması şartını aramamıştır. Erkek, kadının talep edebileceği "munzatar menfaatler" dışında kalan kalemlerin tümünden kadın gibi aynen yararlanabilir (15). Bu farklılıklar dışında yoksulluk nafakası, maddi tazminatla bir çok yönlerden benzerlik göstermektedir. Her ikisi de boşanmanın fer'i nitelikteki mali sonuçlarıdır. Her iki talepte boşanan karı – koca arasında caridir. Her ikisi de boşanma davası ile birlikte veya boşanmadan sonra bağımsız olarak açılacak bir dava ile dermeyan edilebilir (16). TEKİNAY, her ikisinin de aynı dava ile talep edilebileceğini savunmaktadır (17). Ancak, bunun için hem yoksulluk nafakası hem de tazminat talebi için gerekli şartların bir arada gerçekleşmesi gerekir. Fakat yazara göre, kaydedilen nafaka menfaatleri için maddi tazminat istemek imkanı varken yoksulluk nafakası istemek

(13) ÇELİKTAŞ, sh. 688.

(14) TEKİNAY, sh. 263.

(15) TEKİNAY, sh. 264.

(16) Öğreti ve yargı kararlarında bu konu oldukça tartışılmıştır. Ancak, 22.1.1988 tarihli YİBK (YKD. 1988, S.8, sh. 1031 vd.) ile boşanmadan sonra da tazminat davası açılacağı hükme bağlandığından bundan sonraki yargı kararları bu istikamette tecelli etmektedir. Bu konu ile ilgili tartışmalar için bkz. ÖZTAN, B.: "Manevi Tazminata İlişkin İçtihadı Birleştirme Kararı Maddi Tazminata ve Yoksulluk Nafakasına da Uygulanabilir mi?" YD. S.3, 1993, C. 19, sh. 301-306; TURAN, Nedim: Boşanma Halinde Maddi Tazminat ve Yoksulluk Nafakası, YD. S.3, 1993, C. 19, sh. 266.

(17) TEKİNAY, sh. 265; Ayrıca bkz. TURHAN; sh. 268.

gereksizdir. Her ikisi birden istendiği takdirde hâkim talep sahibinin lehine olanı hükmetmelidir.

YOKSULLUK NAFKASININ ŞARTLARI

Medeni Kanunun yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddesi, yoksulluk nafakasının talep edilebilmesi için beş şart öngörmüştür. Bunlardan ilki boşanmanın gerçekleşmesi, ikincisi boşanma nedeniyle eşin yoksulluğa düşecek olması, üçüncüsü erkeğin nafaka isteyebilmesi için kadının hali rehafta olması, dördüncüsü yoksulluğa düşecek eşin hiç kusursuz ya da daha az kusurlu olması ve nihayet boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşin nafaka talebinde bulunmasıdır.

I – BOŞANMANIN GERÇEKLEŞMESİ

A – GENEL OLARAK

Daha evvelki paragrafta da açıklandığı üzere, yoksulluk nafakası Medeni Kanunun sistematiğinde boşanmanın mali sonuçları ile ilgili hükümler arasında düzenlenmiştir. Bu sebeple yoksulluk nafakası talep edilebilmesi ve bu talebin kabul edilebilmesi için eşlerin boşanmalarının gerçekleşmesi gerekir. Yoksulluk nafakası bu yönüyle eşler arasında cari olan bakım (siyanet) ve tedbir nafakasından farklıdır. Diğer bir deyimle, sözü edilen nafaka çeşitleri evlilik hukuken devam ettiği sürece talep edilebildiği halde, yoksulluk nafakası evlilik hukuken devam ettiği müddetce (mesele eşlerin fiili olarak veya hâkim kararı ile ayrı yaşamaları halinde) talep edilemez. Nitekim bu hususla ilgili Yargıtay tatbikatında, evlilik devam ederken yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir (18).

O halde, yoksulluk nafakasının davacısı, bu talebini ancak boşanma halinde ileri sürebileceğine göre, nafaka talebini boşanma davası ile birlikte veya müstakil bir talep olarak ileri sürmelidir (19). Diğer bir deyimle, yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için kesin bir boşanma hükmünün mevcudiyeti şart değildir. Ancak yoksulluk nafakası davası, boşanma davası ile birlikte açılmayıp bu dava devam ederken ayrı bir dava şeklinde açılmışsa, hâkimin boşanma davası sonuçlanıncaya kadar nafaka davasını bekletmesi ve bu dava sonuçlandıktan sonra nafaka talebini karara bağ-

(18) "Olayımızda mahkemece boşanma davası reddolunmuş ve ancak davalı yararına bir yıl süre yoksulluk nafakasına hükmedilmiştir. Boşanma davası reddedildiği, başka bir ifade ile aile birliği devam edegelmekte olduğu halde, ancak boşanma halinde uygulama imkanı bulunan yoksulluk nafakasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." 2HD. 15.11.1990, 13114/2776 (Yayımlanmamış).

(19) YHGK, 2.5.1990, 1990/2-111-261 sayılı Karar (TURHAN, sh. 266).

laması icabeder. Zira yoksulluk nafkasına hükmedilebilmesi için temel şart boşanmanın gerçekleşmesidir. Boşanma davası reddedildiği takdirde, nafaka davasının konusu da ortadan kalkmış olacaktır (20).

B –BOŞANMA KARARINDAN SONRA NAFKA İSTENEİLİR Mİ?

Öğreti ve uygulamada tartışmalı bir konu olan “yoksulluk nafkasının boşanma davasının kesinleşmesinden sonra açılıp açılmayacağı meselesine” de değinmek gerekir. Öğretide bu mesele hakkında iki görüş üzerinde durulmuştur. Bir kısım yazarlara göre (21), yoksulluk nafkası davası boşanma davası ile birlikte veya en geç boşanma davası kesinleşinceye kadar müstakil bir dava şeklinde açılmalıdır. Boşanma davası kesinleştikten sonra bu davanın açılması caiz değildir. Bu fikrin temelinde (boşanmadan dolayı maddi – manevi tazminat talebi gibi) yoksulluk nafkasının boşanmanın fer'i sonucu olması sebebiyle boşanma hükmüyle birlikte karara bağlanması gerektiği düşüncesi yatar. Diğer yandan bu fikrin savunucularına göre boşanma, bir hâkim kararı ile evlilik birliğini kesin olarak sona erdiren bir olgu olduğu cihetle, boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşler arasında “boşanmış” adı altında yeni bir statü yaratılır. Boşanmış kişilerin, mevcut uyumsuzlukların şu ya da bu şekilde kesin çözüme kavuşturulduktan sonra, daha sonraki bir safhada yoksulluk nafkası talebiyle karşı karşıya getirilmesi, kin ve nefret duygularının tazelenmesine yol açar. Diğer yandan, eşlerden birisini sürekli olarak yoksulluk nafkası tehdidi altında tutmak boşanma ile elde edilmesi amaçlanan sonuçları zedeleyici bir görünüm arzeder. Nihayet, kullanılmayan ya da zamanında kullanılmak istenmeyen bir hakkın sürekli korunmak istenmesinden adalet açısından da bir yarar olmadığı gibi, uyumsuzluklar belli bir noktada sona erdirilmelidir. Nitekim, Yargıtay da değişik tarihlerde verdiği kararlarında, “boşanma davası sonuçlandıktan sonra, ayrı bir dava ile maddi ya da manevi tazminat ya da yoksulluk nafkası istenmesinin mümkün olmadığı” görüşünü dile getirmiştir (22).

Bir kısım yazarlar ise, yukarıda açıklanan görüşlerin aksini savunarak yoksulluk

(20) Nafaka davası, boşanma davasına bakan mahkemede müstakil bir dava olarak açılmış ise, hakim her iki davayı birleştirmeli, ayrı mahkemede açılmış ise, talep olmadığı takdirde istek de yoksa birleştirme olmayacağından, nafaka davasına bakan mahkemenin boşanma davasının sonuçlanmasına kadar davayı beklemesi gerekir (ön mesele).

(21) KALELİ, Şakir: “Nafaka Davaları”, YD. 1975, C.4, S. 1-2, sh. 130; VELİDEDEOĞLU, sh. 258; EGGER, 230; BİRSEN, Kemalettin: Medeni Hukuk Dersleri, B.4, İst. 1958, sh. 325; AKGÜN Zerrin: Boşanma Hukuku B. 3, İst. 1986, sh. 407; DOĞANAY, İsmail: Nazari ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları, Ankara 1961, sh. 140.

(22) 2. HD. 22.12.1975, 9323/9539, YKD, 1976, C.2, S.7, sh. 953, 954); 2. HD. 24.6.1968, 3479/4207 (İNAL,

nafakasının boşanma davasının kesinleşmesinden sonra da açılabileceği görüşünü dile getirmektedirler (23). Maddi ve manevi tazminat davasının boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da açılmasında bir beis görmeyen bu yazarlara göre, yoksulluk nafakasının boşanma davasından sonra da açılabilmesi gerekir. Bu fikri savunan yazarlardan ZEVKLİLER'e göre, eşlerden birinin boşanma halinde yoksulluğa düşeceğinin büyük ihtimal dahilinde bulunduğu, ancak bu eşin iyiniyetle ve samimi olarak davanın nasıl olsa reddedileceğine inanarak yargılamanın son aşamasına kadar boşanmaya direnmesine rağmen boşanma kararının en son yargılama aşamasından da geçerek kesinleştiği bir durumda yoksulluğa düşen eşe, nafaka talebi hakkını tanımak hakkaniyet gereğidir. Keza, MK. 145'inci maddesinin yeni metni ile, bir yandan kesinleşen boşanma kararından sonra nafaka miktarının artırılıp eksiltilmesini isteyebilme hakkı tanınırken, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra nafaka talebinin ileri sürülemeyeceğini savunmak bir çelişkidir (24).

Daha öncede işaret edildiği gibi, Yargıtay'ın boşanma davasının kesinleşmesinden sonra yoksulluk nafakası açılıp açılmayacağı hususundaki kararları muhtelif tirkimi kararlarda buna cevaz görülmezken (25), kimi kararlarda mümkün olduğuna işaret edilmiştir (26). Ancak, özellikle Yargıtay'ın 22. 1. 1988 tarihinde aldığı 5/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra dahi kusursuz eşin boşanmaya sebep olan olaylara dayanarak MK. 143/ II uyarınca manevi tazminat davası açabileceği görüşünü benimsemesi, öğretide bu içtihadın yoksulluk nafakası davası yönünden de uygulanması gerektiği görüşünün benimsenmesi sonucunu doğurmuştur (27). Sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararından sonra ise, Yargıtay tatbikatında, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra yoksulluk

N.: Uygulamada Nafaka Davaları, Ankara 1992, sh. 134); 2. HD, 26.9.1969, 4219/4248, (YAZICI/ATASOY: Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970, sh. 1940); 2. HD. 8.10.1985, 7166/7995, (YALÇINKAYA/KALELİ: Boşanma Hukuku, Ankara 1987, sh. 1925).

(23) AKINTÜRK, Turgut: "Boşanmanın Hukuki Sonuçları", AÜHF 50. Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası, C.2, Ankara 1977, sh. 187; ZEVKLİLER, sh. 851-852; GÜRKAN, Ülker: "Medeni kanun Eleştirileri, 1., Karının İktisaden Korunması", AHFD. 1973, S. 1-4, sh. 317; ÖZTAN (manevi Tazminata), 304; TURHAN, 266.

(24) ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1989, sh. 52-53.

(25) Bkz. 22 nolu dipnotta sayılan kararlar.

(26) 2HD, 9.2.1943, 648/557 (İNAL, sh. 92), 2HD, 31.3.1951, 3540/1486, (İNAL, sh. 140); 2HD, 13.4.1939, 1586/3538, (İNAL, sh. 151); 4HD. 23.12.1985, 7549/10244 (Yasa H.D. 1986, S. 4, sh. 565).

(27) ÖZTAN (Manevi Tazminata İlişkin), sh. 304; KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 196; BOZOVALI, sh. 74; TURHAN, sh. 266.

nafakası davası açılmayacağı yönündeki görüşün terkedildiği izlenimi edinilmektedir. Tam aksine 2. HD. nin boşanma davasının kesinleşmesinden sonra da yoksulluk nafakası davası açılabilmesine dair kararlar vermekte olduğunu görmekteyiz (28)

Sonuç olarak, yoksulluk nafakası davası boşanma davası ile birlikte veya bu davadan müstakil olarak ayrı bir taleple açılabilmesi gibi kanaatimizce boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra da açılacaktır.

II – EŞİN BOŞANMA NEDENİYLE YOKSULLUĞA DÜŞECEK OLMASI

A – GENEL OLARAK

Kanunun yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddesinin eski metni, yoksulluk şartını “Kabahatsiz olan karı yahut koca boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse” biçiminde ifade etmekte idi. Yeni düzenleme ile “büyük bir yoksulluğa düşme” kaydı kaldırılarak, yoksulluğun büyüklük küçüklük gibi nitelendirilmesine yer verilmemiştir. Şu halde yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için, nafaka isteyecek eşin büyük bir yoksulluğa düşecek olması şart değildir- her derecedeki yoksulluk için nafaka istenebilir (29). Keza, eski metindeki “yoksulluğa düşen eş” tabiri yeni metinde “yoksulluğa düşecek eş” şeklinde değiştirilerek, ileride yoksulluğa düşme ihtimalinin bulunduğu durumlarda da nafaka istenebilmesine imkan sağlanmıştır (30).

B–YOKSULLUĞUN ANLAMI

“Yoksulluk” şartı hem davanın hem de kavram olarak nafakanın en önemli unsuru olduğu halde kanunda bu kavramın tanımı yapılmamıştır. bu durumda yoksulluk kavramının ne anlama geldiğinin tespitini, öğretinin yorumları ve yargının içtihatları sağlayacaktır.

Binaenaleyh, öğretilerde “yoksulluğa düşme” kavramı genel olarak “eşin kendi serveti ve çalışması ile kendi ihtiyaçlarını karşılayamamak hale gelmesi veya kısa bir süre sonra bu hale düşecek olması, (mesela, ufak bir mamelek kısa zamanda tükene-

(28) 2HD, 25.9.1992, 1992/7793-8494 (yayınlanmamış): “MK'nun 144. maddesi gereğince yoksulluk nafakasının boşanma davasından sonra ayrı bir dava ile istenmesini engelleyen bir hüküm yoktur. Nitekim 22.1.1988 tarih 5/1 sayılı İBK ile benzer düzenleme ile istenebilen manevi tazminat davasının boşanma davasından sonra istenebileceği kabul edilmiştir.” 2HD, 29.12.1992, 1469/2509 (yayınlanmamış); 2HD, 30.12.1992, 2422/3152; (yayınlanmamış); YHGK, 11.2.1993, 1993/2-165, 1993/503 (yayınlanmamış).

(29) ZEVKLİLER, sh. 850; BOZOVALI, sh. 69.

(30) ZEVKLİLER, sh. 851.

cektir veya hastalık nedeniyle kişi çalışmayacaktır demektir" (31) şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre, nafaka isteyen eşin yardımda bulunulmadığı takdirde kendi servet ve çalışması ile ihtiyaçlarını karşılayamaması durumunda yoksulluğa düşeceğini kabul etmek gerekir.

Nitekim Yargıtay da yoksulluk kavramının kanunla yapılmış bir tanımının bulunmadığına dikkat çekerek bunun, ülkenin ekonomik ve sosyal koşullarına göre belirlenmesinin gerektiğini; bu yapılırken Anayasanın herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu şeklindeki amir ilkelerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret ettikten sonra "bu temel hakkın tabii sonucu olarak yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım ve kültür gibi harcamaları karşılayacak geliri olmayanlara yoksul denilebileceğini" ifade etmektedir (32).

Yargıtay 2. HD'nin son zamanlarda verdiği ve bir kısmı yukarıda iktibas edilmiş bulunan bu kararına göre yoksulluğu; yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım ve kültür gibi harcamaların unsur kabul edildiği asgari ücretle somutlaştırmak mümkündür. Yani gelirleri asgari ücretin altında olan insanlar yoksul sayılır (33). Ancak hemen ifade edelim ki, paranın alım gücündeki sürekli düşüş ve ülkemizde tespit edilen asgari ücretin, insan haysiyetine yakışır bir hayat sürmeyi sağlanmaktan uzak olması, asgari ücret miktarının fakirlik – zenginlik değerlendirilmesinde değişmez bir kıstas olarak kabulünü imkansız kılmaktadır. Bu sebeple yoksulluğun her olayın kendi mahiyeti içerisinde değerlendirilerek, tarafların gelir gider durumları ile asgari yaşama standartlarına göre tespitinin yapılması gerekir. Gerçi Yargıtay bu konuda sadece belli bir kıstası esas alıyor değildir. Ancak bazı kararlarından yoksulluk nafakası talep eden eşin sırf belli bir geliri bulunması sebebiyle gerçekten yoksulluk içinde bulunup bulunmadığı keyfi derecede araştırılmaksızın nafaka taleplerinin reddini yerinde bulunduğu sonucu çıkmaktadır. Mesela, 2.HD'nin bir kararında "bir anonim şirkette belli bir aylıkla çalışan davalının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceğinden söz etmek mümkün değildir" denilerek boşanma davasının davalısı eş tarafından yapılan yoksulluk nafakası talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir (34). Buna karşılık aynı Daire'nin tedbir nafakası ile ilgili olarak verdiği bir kararında ise "Davalı kadının çalışması, başka bir anlatımla gelirinin bulunması kocayı nafaka yükümlülüğünden kurtarmaz. Bu hal, sadece nafaka miktarının tayin ve takdirinde et-

(31) ÖZTAN, sh. 296. ayrıca bkz. TEKİNAY, sh. 263; AKIŇTÜRK, sh. 236; ERGENEKON, sh. 136; KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 195; BOZOVALI, sh. 69; DOĞANAY, sh. 140.

(32) 2HD, 28.10.1991, 13108/15624 (yayımlanmamış).

(33) 2HD, 10.10.1991, 9589/12321 (yayımlanmamış).

(34) 2HD, 12.2.1990, 12229/1975 (BOZOVALI, sh. 126)

ken olabilir" (35) denilmekte ve pek yerinde olarak kadının nafaka ihtiyacında olup olmadığının tespitinde belli bir gelire sahip olmasının, nafaka talebinin reddi için bir gerekçe oluşturmayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay, aynı yaklaşımı yoksulluk nafakası açısından da sergilemelidir. Buna göre, yoksulluk nafakası isteyen eşin belli bir gelirinin bulunmasını talebi red için bir gerekçe olarak kabul yerine, bu gelirin onu yoksulluktan kurtarmaya yetip yetmediği araştırılmalı, yetiyorsa davanın reddine, yetmiyorsa kabulüne karar verilmelidir.

C – YOKSULLUĞUN BOŞANMANIN SONUCU OLMASI

Gerçekten de MK. 144. maddede kullanılan "boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş" deyimi ile yoksulluğa düşmenin boşanmanın sonucu olarak meydana gelmiş olması gereği vurgulanmıştır. Diğer bir deyimle boşanma ile yoksulluğa düşme arasında "illiyet bağı" yani sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır (36). Eşin yoksulluğa düşmesi boşanma sebebiyle değilse, yoksulluk nafakası istenemez. Mesala, boşanma ile ilgisi olmaksızın herhangi bir sebeple (kumar, israf veya tabii afet gibi) yoksulluğa düşen eş nafaka talep edemez. Keza boşanma ile hiç bir ilişki kurulamayan iktisadi veya ticari muvaffakiyetsizlikten dolayı yoksulluğa düşmek de yoksulluk nafakasını talep hakkı vermez (37). Burada önemli olan eşin hiç bir kusuru yokken eski durumundan farklı olarak sırf boşanma yüzünden yoksulluğa düşmesi, zaruri ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmesidir. Diğer bir deyimle, eğer boşanma olmasaydı bu duruma düşmeyecekti ise yoksulluğa düşen eşin nafaka talebi haklı görülür. Nitekim Yargıtay'da aynı görüşten hareketle "Medeni Kanunu'un 144. maddesi gereğince yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için davacının boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünün ispatı gerekir. Davacı boşanma davasından ve bu davanın kesinleşmesinden sonra bu davayı açmıştır. Bu nedenle davacının boşanma davasının kesinleştiği tarihte yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin tahkiki gerekir. Bu yönde araştırma yapılmadan yazılı düşüncelerle davacı için yoksulluk nafakasına hükmedilmesini" haklı bulmamıştır (38). Şu halde, Yargıtay'a göre, yoksulluğa düşme anı, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihtir. Bu itibarla, o tarihte yoksul değilken daha sonraki bir tarihte yoksulluğa düşen bir kimse yoksulluk nafakası isteyemez. Ancak, kanaatimizce zamanaşımı süresinde olmak kaydıyla, daha sonraki bir

(35)2HD, 23.5.1988, 4594/5518 (BOZOVALI, sh. 119)

(36) ÖZTAN, sh. 296; TEKİNAY, sh. 263; AKINTÜRK, sh. 236; KÖPRÜLÜ/KANETİ: Aile Hukuk, B. 2, 1st. 1989, sh. 195; DOĞANAY, sh. 140; ZEVKLİLER, sh. 850; FEYZİOĞLU, sh. 52; ÇELİKTAŞ, sh. 670.

(37) DOĞANAY, sh. 140; TURHAN, sh. 264.

(38) 2HD, 30.12.1992, 2422/3152 (yayımlanmamış)

tarihte düşülen yoksulluk ile boşanma arasında uygun illiyet bağı kurulabiliyorsa, nafaka isteğini haklı görmek gerekir.

D – YOKSULLUĞUN GERÇEK OLMASI

Yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için yoksulluğun “gerçek” olması gerekir (39). Diğer bir deyimle her boşanma olayı eşlerin yoksulluğa düşmesi sonucunu doğurmaz. Her ikisi de varlıklı olan karı koca ayrıldıkları takdirde elbetteki günlük zaruri ihtiyaçlarının karşılayabilecek durumlarını muhafaza edeceklerdir. Hal böyle iken sırf boşanma dolayısıyla nafaka talep edilmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağı gibi, bu talep nafaka müessesesinin maksadıyla da kabili telif olmaz. Zira “nafakanın amacı, zenginleşmeye yönelik değildir” (40). Bu sebeple Hâkim önüne gelen nafaka taleplerini değerlendirirken, nafaka isteyen eşin gerçekten yoksul olup olmadığını araştırmalı, yani nafaka bağlanmadığı takdirde, nafaka isteyen eşin geçim sıkıntısına düşüp düşmeyeceğini tesbit etmelidir. Bunu yaparken de tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alarak her somut olaya göre nafaka ihtiyacının gerçek olup olmadığını gözden uzak tutmamalıdır. Bu cümleden olarak, Hâkim, yoksulluk nafakası talep eden eşin gelir durumunu, menkul – gayri menkul mallarını ve her çeşit ekonomik varlığını araştırmalı; eğer kendi geliri ve maddi imkanları ile bulunduğu sosyal statüde yoksul sayılmayacak derecede hayatını idame ettirebilecekse nafaka talebini reddetmeli aksi takdirde yani belli bir miktar gelir getiren işi veya mal varlığı olsa bile bu gelir düzeyi ve malvarlığı ile bulunduğu sosyal statüde yoksul sayılacak derecede yaşamak zorunda kalıyorsa, yoksulluğun gerçek olduğunu kabul edip nafaka talebini kabul etmelidir. (41). Aksi halde boşanmış eşe verilecek yoksulluk nafakası, borçlu için bir tazminat veya ceza, alacaklı içinde bir zenginleşme aracı mahiyeti kazanacaktır. Oysa yoksulluk nafakasının amacı, onu ödeyecek olan tarafı cezalandırmak ya da tazminata mahkum etmek olmadığı gibi, alacaklıyı da zenginleştirmek değildir; sadece yoksulluğa düşen eşi himaye etmektir.

(39) ÖZTAN, sh. 296; FEYZİOĞLU, 397; EGGER, md. 152, No. 1, sh. 232; ERGENEKON, sh. 136; BOZOVALI, sh. 69.

(40) YHGK. 14.3.1984, E. 2–81, K. 242, (BOZOVALI, sh. 119).

(41) Nitekim bu hususla ilgili 2. HD kararında: “MK’nun 144. maddesi uyarınca yoksulluk nafakası isteği davalının elişleri yaptığından ve kan hısımlarından nafaka alabileceğinden söz edilerek red edilmiştir. Boşanan kadının yoksulluğa düşmesi halinde kan hısımlarından nafaka isteme hakkının bulunması, boşanma sonucunda düştüğü yoksulluk sebebiyle eşinden nafaka isteyebilmesine mani değildir. Davalının yaptığı el işiyle kazancının ne olduğu araştırılıp bu kazancın yoksulluğu kaldıracak nitelikte olup olmadığı belirlenerek sonuç uyarınca karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

III – ERKEĞİN NAFKA İSTEYEBİLMESİ İÇİN KADININ HALİ REFAHTA OLMASI

Yoksulluk nafakası, prensip olarak, şartları mevcut olduğu müddetçe hem karı hem de koca tarafından istenebilir. Ancak, 144. maddede 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile “erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekir.” şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Şu halde, yoksulluk nafakası isteyebilmenin bütün diğer şartları gerçekleşse bile, kadın hali refahta bulunmadıkça ondan nafaka talep edilemeyecektir. Bu durumda, “hali refah” kavramının neyi ifade ettiğini tespit etmemiz gerekiyor. (42).

Kanun koyucu bu kavramın tarifini yapmamıştır. Fakat MK. 316/2 maddesinde de kullanılan “hali refah” terimi öğreti ve yargı kararlarıyla tanımlanmıştır. Mesela Prof. EGGER'e göre, mali durumu fevkalade masrafları karşılamaya elverişli ve ihtiyarlık günleri için tasarrufa da imkan bulabilen ve enaz geçim sınırının çok üstünde bulunan kişi refah içinde sayılır (43).

Yargıtay kararlarında “hali refah” terimi bir kimsenin geleceği için kaygı duymadan toplumun lüks kabul ettiği ihtiyaçları da dahil olmak üzere bütün ihtiyaçlarını karşılayabilmesi halidir” şeklinde tanımlanmaktadır (44). Yargıtayın bu tanımı, her ne kadar kardeşler arasındaki nafaka ile ilgili ise de, bu tanımın erkeğin kadından nafaka talebi ile ilgili olarak da uygulanmaması için bir sebep yoktur (45).

Bununla beraber, TEKİNAY'ın da pek haklı olarak ifade ettiği gibi, Yargıtay “refah hali” kavramını MK. 316 / II maddesinin uygulanmasını felce uğratacak kadar geniş yorumlamaktadır (46). Oysa bu hükmün (MK. 144) uygulama kabiliyeti kazanabilmesi için, kadının refah halinde bulunması kavramını bu kadar geniş yorumlamak yerine, hayati ve medeni ihtiyaçların tatmin edilmiş olduğu bir durum, refah hali sayılabilmelidir (47). Hâkim, önüne gelen her olayda, nafaka talep eden eşin yoksulluk durumu ile nafaka talep edilen kadının durumunu dikkate almalı ve ülkemizin

(42) “Hali refahta bulunma” kavramı MK. nun 316/2. maddesinde; “Erkek ve kız kardeşler, hali refahta bulunmadıkça, kendilerinden nafaka istenemez” hükmü içerisinde de yer almaktadır.

(43) EGGER, sh. 345.

(44) 2HD, 7.4.E. 980/2746, K. 980/2958 (BOZOVALI, sh. 150); Aynı dairenin Konuyla ilgili diğer kararları için bkz. 28.2.1972, 5848/5323 (RKD. 1973, S. 9-10-11, sh. 325); 7.2.1974, 673/715 (İKİD. 1971, 1971-75 No: 653); 23.3.1974, 1921/1963 (YKD. 1974, C.3, S.8, sh. 1072-73); 7.4.1980, 2746/7958 (YKD. 1980, C. 6, S.9, sh. 1207); 26.5.1981, 4080/4114 (YKD, 1981, C.7, S.8, sh. 958).

(45) KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 195; BOZOVALI, sh. 72.

(46) TEKİNAY, sh. 612-613; Ayrıca bkz. GÜCER, Necmettin: Kardeşler Arasında Nafaka Mükellefiyeti, AD. 1949, S? 5, sh. 644; ÇELİKTAŞ, sh. 686.

(47) Nitekim İMK'nun 329/2 hükmünün Fransızcasında “Vivre dans l'aisance” terimi böyle bir anlamı ifade etmektedir.(ÇELİKTAŞ, sh. 686. dan naklen).

içinde bulunduğu ekonomik şartlara nazaran, kadının safi gelirinin onu sıkıntısız bir şekilde geçindirip geçindiremeyeceğine bakmalı ve ödeyeceği nafaka miktarı onun bu orta seviyedeki durumunu çok aşırı derecede etkilemiyorsa, yani nafaka ödemediği halde bile yoksulluğa düşmeden yaşayabilecekse "hali refahta" bulunduğunu kabul ile koca lehine nafakaya hükmetmelidir.

IV. NAFKA TALEP EDEN EŞİN KUSURUNUN DAHA AĞIR OLMAMASI

3444 sayılı kanundan önce MK' nun 144. maddesine göre nafaka isteyecek eşin kusursuz olması şartı aranıyordu. Diğer bir deyimle, boşanma nafaka talebinde bulunan eşin kusuru yüzünden gerçekleşmiş ise, onun nafaka talep etme hakkı yoktu. maddenin yeni metni bu noktaya açıklık getirmek suretiyle, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin kusurunun daha ağır olmamasını yeterli görmüştür (48). Yeni düzenlemede, nafaka ödeyecek olan eşin (boşanmadan dolayı tazminat taleplerine ilişkin hükmün M.K. 143 aksine) kusurlu olması şartı da aranmamıştır. Bu itibarla, kendisinden nafaka talep edilen eş, boşanmada kusuru bulunmadığı itirazını ileri sürmek suretiyle nafaka talebinin reddini isteyemez (49). Aynı şekilde, evlilik birliğinin sona ermesine ilişkin sebep nafaka isteyen eşle ilgili olabilir. Mesela, boşanma nafaka isteyen eşin akıl hastalığı sebebiyle gerçekleşmiş olabilir. Bu takdirde akıl hastası eş dahi nafaka isteyebilir (50).

Buna karşılık, nafaka isteyen eş kusurlu olduğu halde nafaka istenen eş kusursuz ya da onun kusuru nafaka isteyen eşin kusurundan daha hafifse, nafakaya hükmedilmemek gerekir. (51). Zira, "Şayet boşanma istek sahibinin tam ya da baskın kusuru ile gerçekleşmiş ise kendisine yoksulluk nafakası takdiri mümkün değildir" (52). Daha az kusurdan maksat, başlı başına boşanma için yeterli olmayan kusurdur. Ancak çoğu kez boşanmaya sebep olan kusur, karşılıklı ve eşdeğerde de olabilir. Yani, genelde karı kocanın karşılıklı kusurları eşit ve yek diğeri için boşanma sebebi olabilecek ağırlıkta bulunabilir. Bu takdirde taraflardan birini diğerine üstün tutma veya tercih etme imkanı yoktur (53). Hâkim, her iki eşin kusurunun eşit oldu-

(48) TEKİNAY, sh. 263; KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 194; TURHAN, 263. değişiklikten önce de bazı yazarlar kusuru daha az olan eşin de nafaka isteyebileceği görüşünü savunuyorlardı (ÖZTAN, 296, ERGENOKON, B6; FEYZİOĞLU, 397). Ancak Yargıtay aksi düşüncede idi. (2HD. 25.2.1986, 1732/1965, YALÇINKAYA/KALELİ, sh. 1946; 2 HD., 17.10.1948, 4297/4003 İNAL, sh. 114).

(49) ÖZKAN, Hasan: Medeni Yasanın 3444 Sayılı Yasa ile Değişen "Boşanma ve Tazminat Hukuku" ile İlgili Maddeleri ve Açıklanması. İstanbul, 1988, B.1, sh. 15; BOZOVALI, sh. 292.

(50) 2HD. 8.1.1961, 7888/11 (BAŞAKLAR, Emin: Nafaka Davaları, Ankara 1971, sh. 88). Öğretide aynı görüş için bkz. KÖPRÜLÜ/-KANETİ, sh. 194; YÜCE, sh. 1831; DOĞANAY, 141.

(51) 2HD, 12.2.1990, 1229/1795 (BOZOVALI, Sh. 126).

(52) 15.11.1990, 3114/2776 (Yayımlanmamış)

(53) TURHAN, sh. 263.

ğu veya her iki eşin de kusursuz olduğu hallerde, diğer şartlar da mevcut olmak kaydıyla, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin nafaka talebini kabul etmelidir (54).

V. YOKSULLUK NAFKASININ TALEP EDİLMESİ

A – GENEL OLARAK

Hâkim, yoksulluk nafkasına (talep edilmedikçe) re'sen hükmedemez (55). Nitekim MK 144' deki "isteyebilir" kelimesi, yoksulluk nafkasının ancak talep halinde hükme bağlanabileceğine işaret etmektedir. Diğer taraftan, sözkonusu hükmün uygulanmasıyla ilgili hemen bütün Yargıtay kararlarında, istek olmadan yoksulluk nafkasına hükmedilemeyeceği vurgulanmıştır (56).

Yoksulluk nafkasına ilişkin talep, boşanma davası ile birlikte yapılabileceği gibi, boşanma davası devam ederken ve dava bittikten sonra da ayrı bir dava şeklinde iieri sürülebilir (57). Yoksulluk nafkası boşanma davasıyla birlikte (aynı davada istenmişse, Hâkim bu talep hakkında da menfi veya müspet bir karar vermelidir (58).

Taraflar, anlaşmalı boşanmalarda yoksulluk nafkasının miktarını Hâkime tespit ettirmek yerine sözleşme ile kendi aralarında kararlaştırabilirler veya birbirlerinden nafaka talep etmemeyi taahhüt edebilirler (59). Ancak her iki halde de Hâkimin MK'nun 3444 sayılı Kanun ile değişik 134. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu hususta yapılacak düzenlemeyi uygun bulması gerekir. Nitekim Yargıtay bir kararında, tarafların boşanma davasında MK'nun 134/3. maddesince nafaka ödenmemesi hususunda anlaşmış olmalarına karşın daha sonra yoksulluk nafkası talebiyle açılan davanın kabulünü kanuna aykırı bulmuştur.

Bundan başka, yargılama esnasında nafaka talebinin bulunmadığını beyan eden eş, iradeyi sakatlayan sebepler (hata, hile, ikrah) dışında, daha sonra yoksul-

(54) ÖZKAN, sh. 15; BOZOVALI, sh. 68. Nedim TURHAN'a göre, kartı kocanın ayrı ayrı zinalarının gerçekleşmesi sonucu birinin açtığı dava boşanma ile sonuçlanmış ise kusurların eşitliğine bakılarak nafakaya karar verilmesi doğru bir değerlendirme olarak kabul edilmemelidir (age, sh. 263).

(55) FEYZİOĞLU, sh. 397; ÖZTAN, sh. 296; AKINTÜRK, sh. 235; DOĞANAY, sh. 140; BAŞAKLAR, sh. 287; ERGENEKON, sh. 139; BOZOVALI, sh. 70.

(56) 2HD. 17.11.1969, 4971/5178 (BAŞAKLAR, sh. 89); 2HD. 11.7.1961, 4017/4751 (BAŞAKLAR, sh. 69); 2HD. 11.9.1936, 2964/3106 (DOĞANAY, sh. 142); 2HD. 8.11.1985, 7166/7995 (YALÇINKAYA/KALELİ, sh. 1940); 2HD. 16.2.1993, 4300/4771 (yayımlanmamış).

(57) FEYZİOĞLU, sh. 399; 2HD. 12.4.1977, 2978/3081 (YALÇINKAYA/KALELİ, sh. 1941, no. 1301).

(58) 2HD. 15.1.1985, 10793/161 (YALÇINKAYA/KALELİ, sh. 194, no. 1299).

(59) TURHAN, sh. 265;

luk nafakası talep edemez. Mali konulardaki isteklerden feragat niteliğindeki beyan HUMK.nun 95. maddesi uyarınca kesin hüküm sonucunu doğurur ve taraflar bu feragatle bağlı olur. Şayet yargılama esnasında menfi veya müspet herhangi bir beyanda bulunulmamışsa, bir feragat sözkonusu olmayacağı için daha sonra da (zamanlaşımı süresi içinde olmak kaydıyla) yoksulluk nafakası istenebilir (60).

Yargıtay, kadının nafakaya dair bir talebi bulunmadığı halde, kocanın kendiliğinden boşanma davasında yaptığı ve tutanak ve karara geçirilen nafaka ödemek istemesi yolundaki beyanına göre nafakaya hükmetmiştir (61).

B- NAFAKANIN BAŞLANGICI

Yoksulluk nafakasına ilişkin talep kabul edildiği takdirde, nafakanın başlangıç tarihi, davacının talepte bulunduğu tarih veya yoksulluk nafakasına ilişkin olarak verilen hükmün tarihi değil, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihtir (62). Ancak, boşanma davası kesinleştikten sonra bağımsız bir dava ile talep edilen yoksulluk nafakasına, talep tarihi itibarıyla karar verilmelidir (63).

C- NAFKA TALEBİNİN TABİ OLDUĞU SÜRE

Bu bahse son vermeden evvel, yoksulluk nafakası talebinin hangi süre zarfında dermeyan edilmesi gerektiğine de değinmek gerekir. bu hususta kanunda bir hüküm yoktur. Uygulamada bir içtihadı rastlanmamıştır. Öğretide ise iki görüş üzerinde durulmaktadır. Bir fikre göre (64) yoksulluk nafakası taleplerine ilişkin olarak BK. nun 125. maddesindeki 10 yıllık genel zamanlaşımı süresi uygulanmalıdır. Bu görüşün temeli, MK'nun 5. maddesinde öngörülen borçlar hukukundaki genel esasların medeni hukukun diğer kısımlarına da uygulanması prensibine dayanır.

İkinci görüşe göre (65) ise, bu konuda MK. 87'deki sürenin uygulanması gerekir. Çünkü boşanma davasının kesinleşmesinden sonra açılacak yoksulluk nafakası davası mahiyeti itibarıyla aile hukukuna has olan MK. 87'deki maddi manevi tazmi-

(60) 2HD. 16.2.1993, 4300/4771 (yayımlanmamış). Ayrıca bkz. 2HD. 96.1992, 10062/9875 (yayımlanmamış).

(61) (2HD. 4.4.1977, 2513/2820 (BOZOVALI, sh. 152).

(62) KALELİ, sh. 129. Ayrıca bkz. 2HD. 8.1.1962, E. 7888, K. 115 (BAŞAKLAR, 88) -"Yoksulluk nafakasının kanunen boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren hüküm altına alınması icap ederken karar tarihinin mebdde olarak kabulü kanuna muhaliftir".

(63) BOZOVALI, sh. 74.

(64) TURHAN, sh. 265.

(65) ÖZTAN, (Manevi Tazminata İlişkin) sh. 306.

nata benzer özellikler göstermektedir. bu cümleden olarak MK.nun 87. maddesi nişanın bozulması halinde maddi manevi tazminat davası için bir yıllık bir zamanaşımı süresi öngörmektedir. Aynı şekilde gerek uygulamada gerekse öğretilerde ananın evlilik dışı çocuk doğurması halinde manevi tazminat talebi için (MK. 305), MK. 87. maddenin kıyasen uygulanacağı görüşü benimsenmiştir. Aynı çözümü MK.nun 144. maddesi için de uygulamamak için bir sebep yoktur; zira, yoksulluk nafakası evlilik birliğindeki bakım yükümlülüğünün bir devamıdır ve mahiyeti itibariyle maddi tazminata (MK. 143) benzemektedir. Dolayısıyla yoksulluk nafakasına da MK. 87'deki bir yıllık sürenin kıyasen uygulanması gerekir. Bu yapıldığı takdirde, aile hukukunun haksız fiil niteliğini taşıyan öteki davaların açılması için öngörülen sürelerle bir paralellik sağlanacaktır.

Yoksulluk nafakasına, nişanın bozulması sebebiyle açılacak tazminat davalarına uygulanacak zamanaşımı süresinin (MK. 87) kıyasen uygulanması görüşü bizce de daha isabetlidir. Zira her iki müessese de aile hukukuna ilişkin müesseselerdir. Diğer yandan BK. 125'deki 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin burada uygulanması, ÖZTAN'ın da belirttiği gibi, aile hukuku ilişkilerinin kendine özgü niteliklerine aykırı düşebilir; boşanma ile ilişkileri sona eren kişilerin lüzumsuz yere güç durumlarla karşılaşması sonucunu doğurabilir (66). O halde boşanma davasından sonra yapılacak yoksulluk nafakası taleplerinin boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.

(SÜRECEK)

(66) ÖZTAN, (Manevi Tazminata İlişkin sh. 306.

**YARGI YETKİSİNE GİREN TRAFİK SUÇLARININ
VERGİ USUL KANUNUNA GÖRE BELİRLENEN YENİDEN
DEĞERLEME ORANINA GÖRE 1998 YILI CEZA TUTARLARI**

Salih KOCALAR (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1 – Giriş. B–Yargı Yetkisine Giren Trafik Suçları (1918) Sayılı Yasanın).

Anlatım Düzeni

A– Giriş

B– 2918 Sayılı Yasadaki

Yargı yetkisine giren Trafik suçları:

2918 Sayılı Yasanın;

20/1–d, 31/b, 35/6, 36,3/39/son, 42/son, 48/6, 51/5 nci maddenin 1nci cümlesi, 51/5 nci maddenin 2 nci cümlesi, 69/1 nci cümlesi, 98/son, 996son, 101, 104/5, 108/7, 4199 sayılı Yasa ile düzenlenen ek 8, 118/son, 123/5, 4199 sayılı yasa ile düzenlenen ek 6 ncı maddesi.

A– GİRİŞ:

25 Mayıs 1997 tarih ve 22999 sayılı resmi gazetede yayınlanıp yürürlüğü giren 4262 sayılı yasanın 5 nci maddesi 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa 41999 sayılı kanunla eklenen ek 3 ncü maddeyi değiştirmiş ve '2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundaki fiiller için, her **takvim yılı başından geçerli olmak üzere** önceki yılda uygulanan mutlak ceza tutarları, o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tesbit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında arttırılır. Bu suretle hesaplanacak ceza tutarlarında 100.000 liraya kadar olan kesirler dikkate alınmaz. Ayrıca bu kanun hükümlerine göre fiillere uygulanan hafif para cezaları tecil edilemez. Hükümünü getirmiştir.

14.1.1997 gün ve 23/70 sayılı resmi gazetede yayınlanan 259 sayılı Vergi Usul Kanunu tebliğine göre yeniden değerlendirme oranı (yüzde 80.4) olarak belirlenmiştir.

Belirlenen bu orana göre Yargı yetkisine giren trafik suçları cezalarının 1988 yılı tutarlarını kısaca inceleyip irdelemey çalışacağız.

(*) Yargıtay C. Savcısı

B- YARGI YETKİSİNE GİREN TRAFİK SUÇLARI;**2918 SAYILI YASANIN;****1- 20/1-d Maddesi:**

SANIK: Noterler anık olabilir.

Maddi ögesi: Tescil edilen araçların satış ve devir işlemleri tamamlandıktan sonra 15 iş günü içinde ilgili tescil kuruluşu ve vergi dairesine bildirmemek.

Ceza: 51.900.000 lira hafif para cezasıdır.

Kavuşturma: Önödemeye bağlıdır. Sanık 10 gün içinde önödemede bulunmaz ise yukarıda belirtilen ceza TCY'nin 119 ncu maddesine göre yarı oranında artırılarak 77.850.000 lira hafif ara cezası hükmolunur.

2- 31/b Maddesi:

Sanık: Taksimetre ve takoğraf cihazlarını bozuk imal eden veya bozulmasına vasıta olan kişiler.

Maddi Ögesi: Takoğraf ve taksimetre cihazlarını bozuk imal etmek veya bozulmasına vasıta olmak.

Ceza: 3 aydan 6 aya kadar hafif hapis cezası ve 194.900.000 lira hafif para cezasıdır. Ceza miktarına göre önödeme kapsamına girmez.

3-35/5 Maddesi:

Sanık: Muayene istasyonu işletenleri

Maddi Ögesi: Karayolları Genel Müdürlüğünce işletme belgesi ile yetki verildiği halde yönetmelikte belirtilen işletme şartlarına uymamak ve muayeneleri gerektiği gibi yapmamak.

Ceza: İlkinde 51.900.000 lira hafif para cezası verilir ve işletme belgesi yedi gün süre ile geri alınır.

Tekrarında 64.900.000 TL hafif para cezası verilir ve işletme belgesi 15 gün süre ile gerinalınır.

İkinci tekrarında 77.900.000 TL hafif para cezasına hükmolunur ve işletme belgesi süresiz geri alınır.

Kavuşturma: Hafif para cezası ile birlikte işletme belgesinin iptali de bulunduğundan 2918 sayılı yasanın 112/son maddesine göre önödeme kapsamında değildir. Suç tutunağı mahkemeye intikal edince yargılama yapılarak hüküm kurulur.

4- 35/6 Maddesi:

Sanık: Muayene istasyon işletenleri

Maddi Ögesi: İşletme belgesi geçici olarak geri alındığı halde geri alma süresi içinde muayene yapmak.

Ceza: 194.800.000 TL hafif para cezası ve işletme belgesinin sürekli olarak geri alınması.

Kovuşturma: Hafif para cezası ile birlikte işletme belgesinin iptali de bulunduğundan önödeme kapsamına girmez.

5- 36/3 Maddesi:

Sanık: Sürücü belgesi sahibi olmadan trafiğe çıkan herhangi bir kimse olabilir.

Maddi Ögesi: Sürücü belgesi olmadan trafiğe çıkmak

Ceza: İlkinde bir aydan iki aya kadar hafif hapis ve 12.900.000 lira hafif para cezasıdır.

Not: Yasada 7.200.000 lira olarak düzenlenen hafif para cezasına 80.4 olarak belirlenen yeniden değerlendirme oranı uygulandığında 5.788.000 rakımı bulunmuş her iki rakam toplanarak 12.988.800 lira hesaplanmış ise de yüzbin liraya kadar olan kesirler dikkate alınmayacağından 12.900.000 lira uygulanacak ceza miktarı olarak saptanmıştır.

Tekrarı halinde 2 aydan 3 aya kadar hafif hapis ve 12.900.000 TL hafif para cezasıdır.

Kovuşturma: Önödemeye bağlıdır. Maliye Bakanlığınca bastırılıp Trafik zabıtasına dağıtılmış suç tutunağı düzenlenip mahkemeye intikal ettirilir. bu dava açan belge olduğu için mutlaka yönetmelikte ve yasada belirtilen şekli aranır. Mahkeme günlüğü 3.000 liradan bir ay hafif hapsin karşılığı 90.000 lira ile 12.900.000 TL hafif para cezasının toplamı 12.990.000 TL'yi on gün içinde ödemesi için sanığa ön ödeme ihtarında bulunur, ödemezse hafif hapsin karşılığı 90.000 TL yarı oranında artırılarak hesaplanan 135.000 lira ile 12.900.000 lira yarı oranında artırılarak saptanan 19.350.000 liranın toplamı 19.485.000 TL hafif para cezası olarak hükümlenir.

Yarı oranında artırma TCY'nin 119 ncu maddesine göre yapıldığından yüzbin lira kesirleri gözetilmiştir.

Tekrarı halinde iki ay hafif hapsin karşılığı 180.000 lira ile 12.900.000 liranının toplamı 13.800.000 TL önödeme teklifi yapılacak, ödenmemesi halinde TCY'nin 119 ncu maddesi uyarınca cezalar yarı oranında artırılarak 19.620.000 TL Hafif para cezası tayin edilecektir. Tekrarı halinin uygulanabilmesi için ilkin işlenen eylemden ön ödemede bulunulmaması ve mahkemenin hükmünün kesinleşmesi tarihinden

İtibaren bir yıl içinde tekrar suç işlenmesi gerekir.

Görevli Mahkeme: Trafik Mahkemesidir. Trafik Mahkemesinin bulunmadığı yerlerde Sulh Ceza Mahkemesidir.

Zamanaşımı: TCY'nin 102/5 ve 105/2 maddesi uyarınca asli zamanaşımı iki yıl, kesen sebeplerin varlığı halinde üç yıldır.

6-39/son Maddesi:

Sanık: Bu madde hükmüne aykırı hareket eden sürücüler ile bunlara araç kullandıranlar.

Maddi Ögesi: 1- a) A1, F, G ve H sınıfı sürücü belgesi sahibi olanların başka sınıf sürücü belgesi ile kullanılabilecek araçları kullanmaları ya da kullandırmaları,

b) A2 sınıfı sürücü belgesi ile A1 sınıfı için verilen dışında,

C) B sınıfı sürücü belgesi el F sınıfı dışında,

d) C sınıfı sürücü belgesi ile B ve F sınıfı dışında,

e) D sınıfı sürücü belgesi ile C, B ve F sınıfı dışında,

f) E sınıfı sürücü belgesi ile B, C ve F sınıfı dışında kullanılan araçları sürmek.

2- B, C ve E sınıfı sürücü belgesi sahiplerininin 750 kg. dan fazla yüklü ağırlıktaki römork takarak araç sürmeleri,

3- Sürücü aday belgesi ile altı aydan sonra araç sürmek,

4- İçişleri Bakanlığınca sürücü belgelerinin değiştirilmesi gerekli görüldüğünde altı ay içinde sürücü belgesini değiştirmeyerek bu süreden sonra aynı sürücü belgesi ile araç kullanmak.

Ceza: Bu yasanın 36/3 ncü maddesinde öngörülen ceza uygulanır.

7-42/son Maddesi;

Sanık: sürücü belgesi almak için başvuruda bulunan herhangi bir kişi.

Maddi Ögesi: Sürücü belgesi almak isteyeninin kimlik bilgisi ve öğrenim belgesi ile ilgili yanlış bilgi veya sahta belge vermesi.

Ceza: 2 aydan 3 aya kadar hafif hapis ve 32.400.000 TL hafif para cezasıdır.

Kovuşturma: önödeme kapsamındadır. Bir ay hafif hapis karşılığı 90.000 TL önödeme tebliğ edilecek, ödememem halinde yarı oranında arttırılarak 135.000 TL hafif para cezasına hükmolunacaktır.

8-48/5 Maddesi:

Sanık: Araç kullananlar

Maddi Ögesi: Yönetmelikte belirlenen miktarın üzerinde alkollü içki olarak araç kulanmak

Ceza: Birinci ve ikinci defasında idari nitelikli 12.900.000 TL para cezası, üçüncü defasında ise yargı yetkisi kapsamında bir aydan iki aya kadar hafif hapis cezasıdır. Ayrıca birinci defasında üç ay, ikinci defasında bir yıl, üçüncü defasında beş yıl süre ile mahkeme kararıyla sürücü belgesi geri alınır.

Kovuşurma: Önödeme kapsamında değildir. Bir ay hafif hapis karşılığı 90.000 TL önödeme tebliğ edilecek, ödememe halinde yarı oranında artırılarak 135.000 TL hafif para cezasına hükmolunacaktır.

9- 48/6 Maddesi:

Sanık: Araç kullananlar.

Maddi Ögesi: Uyusturucu ve keyif verici maddeler olarak araç kullanmak

Ceza: 51.900.000 TL hafif para cezası ve 6 ay hafif hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıca sürücü belgesi süresiz olarak ger alınır.

Kovuşurma: Önödeme kapsamında kalmaz. Suç tutanağının intikali üzerine yargılama yapılarak hüküm kurulacaktır.

10-51/5. Maddenin 1. cümlesi:

Sanık: Maddede anılan cihazları imal veya ithal eden herhangi bir kimse.

Maddi Ögesi: Hız sınırının aşılıp aşılmadığını saptamakta kullanılan cihazların yerini belirleyen ya da sürücüyü bu bakımdan uyaran cihazları imal veya ithal etmek.

Ceza: 32.400.000 TL hafif para cezası ve altı ay hafif hapis cezası ile söz konusu cihazların zoralımı öngörülmüştür.

Kovuşurma: Önödeme olmaz.

11-51/5. Maddenin 2. Cümlesi:

Sanık: Herhangi bir işleten (işleten 2918 s.y'nin 3. maddesinde tanımlanmıştır.)

Maddi ögesi: Hız sınırının aşılıp aşılmadığını belirleyen cihazların yerini saptayan veya sürücüyü bu yönden uyaran cihazları aracında bulundurmak

Ceza: İki aydan üç aya kadar hafif hapis ve 32.400.000 TL hafif para cizası ile cihazların zoralımı öngörülmüştür.

Kovuşurma: Yasanın 112/son maddesi belgelerin geri alınması, iptali veya işyerinin kapatılması durumlarını tahdidi olarak saymış, zoralım durumunu belirtme-

miştir. Bu nedenle önödeme kapsamındadır. İki ay hafif hapsin karşılığı 180.000 TL ile 32.400.000 TL nini toplamı **32.580.000 TL** önödeme tebliğ edilir, ödemeleme durumunda cezalar yarı oranında arttırılıp sonuç olarak **48.870.000 TL** olarak hükmolunur.

12-6962 Maddenin 2. Cümlesi:

Sanık: Başiboş hayvan bırakmak yasağına uymayanlar,

Maddi ögesi: Başiboş hayvan bırakmayasağına uymayarak trafik kazasının aneden olmak.

Ceza: Üç ay hafif hapis cezası öngörülmüştür.

Kovuşturma: Önödeme kapsamındadır. 270.000 TL nin ödenmesi için sanığa önödeme teklif edilir, ödememe halinde ceza yarı oranında arttırılarak hükmolunur.

13-98/son Maddesi:

Sanık: Sigortacı.

Maddi Ögesi: Zarar gören kişilerin kaza veya zarara ilişkin belgeleri ibrazını müteakip sekiz işgünü içerisinde zorunlu beklere ibrazını müteakip sekiz işgünü içerisinde zorunlu mali sorumluluk sınırların içerisinde kalan miktarı hak sahibine ödememek.

14-99/son Maddesi:

Sanık: Sigortacı

Maddi ögesi: Mali sorumluluk sigortası sınırları kapsamında yaralanan kim-selerin tedavi giderlerini başvuru tarihinden itibaren sekiz gün içinde ödememek.

15-101. Maddesi:

Sanık: Sigorta şirketleri

Maddi ögesi: Zorunlu Mali sorumluluk sigortasını yapmamak.

16-105/5 Maddesi:

Sanık: Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunanlar

Maddi ögesi: Gözetim, onarım, bakım, alım, satım, araçta değişik yapılması amacıyla kendisine teslim edilen araların zorunlu mali sorumluluk sigortasını yaptır-mamak.

17-108/7. Maddesinin Son Cümlesi:

Sanık: Sigorta şirketleri.

Maddi ögesi: Sigorta şirketlerinin katılma palarını zamanında ve tam olarak fon hesabına yatırmamaları.

18-41999 s.y il düzenlenen ek 8. Maddesi:

Sanık: Sigorta şirketleri.

Maddi ögesi: Sigorta şirketlerin zorunlumali sorumluluk sigortası yaptırnanları Türkiye Sigorta ve Reasürans şirketleri birliğine bildirmemesi, istendiğinde bu bilgileri içişleri Bakanlığ'na vermemesi

Bubağlamda açıkladığımız;

98/99/son, 101, 104/5, 10867 maddenin son cümlesi, 41999 s.y ile düzenlene ek 8 nci maddedeki suçların cezası, yeniden değerlendirme oranına göre 194.800.000 TL hafif para cezasıdır. Bu miktar öndeme teklif edilir, ödenmeme durumunda ceza yarı oranında arttırılarak hükmolunur.

19-118/son Maddesi:

Sanık: Bu kanuna göre sürücü belgesi geri alındığı halde araç kullanan herhangi bir kişi.

Maddi ögesi: Gerek bu madde gerekse diğer ilgili madde hükümlerine göre sürücü belgesi geri alınan kişinin geri alma süresi içinde araç kullanmasıdır. (Mahkeme kararı ile geri alınması halinde)

Ceza: Bu yasanın 36/3 ncü maddesinde öngörülen ceza uygulanır. (36/3. maddede ile ilgili açıklamalara bakınız.)

20-123/4 Maddesi:

Sanık: Sürücü kursu sahipleri.

Maddi öge: Sürücü kursu sahiplerinin 123 ncü madde hükümlerine ve yönetmelikteki koşullara uymamaları.

Ceza: Yeniden değerlendirme oranı gözetilerek hesaplandığında 32.400.000 TL hafif cezasıdır.

Kovuşturma: Öndeme kapsamındadır. yapılan tebligata karşın ödememe halinde ceza yarı oranında arttırılıp 48.600.000 TL hafif para cezasına hükmolunur.

21-1123/5 nci Maddesi:

Sanık: Sürücü kursu sahipleri.

Maddi öge: İlgili makamdan izin ve belge almaksızın sürücü kursu açmak

Ceza: 3 aydan 6 aya kadar hafif hapis ve 194.800.000 TL hapis para cezasıdır.

Kovuşturma: Öndeme kapsamında kalmaz.

22-4199 S.Y. ile Düzenlenen ek 6. Maddesi:**Sanık:** Fahri Trafik Müfettişleri.**Maddi öge:** Fahri Trafik Müfettişlerinin Görevde Yetkiyi köyüye kulanmaları.**Ceza:** 2 aydan 6 aya kadar hafif hapis ve ayrıca belgelerinin iptali.**Kovuşturma:** Önödemeye bağlı değildir. Fahri trafik müfettişliği yapan kişinin asli görevi gereği tabi olduğu esaslara göre vargılamaları yapılır.

Yukarıdaki incelemiş olduğumuz yargı yetkisine giren trafik suçlarının tamamında zamanaşımı TCY'nin 102/5 ve 104/2 maddelerine bağlı olup, asli zamanaşımı iki yıl, kesen sebeplerin varlığı halinde üç yıldır.

SUÇLULARIN PSİKOSOSYAL DÜNYALARINA KOĞUŞ DUVAR YAZILARINDAN BAKIŞ

Yrd. Doç. Dr. Nihat AYCAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: Özet. Giriş. Materyal ve Metod. Bulgular. Sonuç.

ÖZET

Bu araştırma Ağustos 1994 ile Ekim 1996 tarihlerinde Adli Tıp Gözlem İhtisas Dairesi'ne gelmiş, 1325 suçludan 147'sini kapsamaktadır. Amacımız suç ve suçlu hakkında açıklamalar yapmaktır.

Çalışmada suçluların el yazılarının içerikleri incelenmiş ve suç gününden gözlem günlerine kadar olan polis, jandarma, savcılık ve mahkeme aşamalarındaki bilgilerin yer aldığı dava dosyaları değerlendirilmiştir. Suçlularla görüşülmüş ve suça neden olan faktörler tablolarla açıklanmıştır.

GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insan, diğer kişilerle ve toplumla etkileşimine göre kişisel ve sosyal boyuttaki ihtiyaçlarına doyum sağladığı için, dünyaya gelişinden itibaren, beden dilinden yazılı ve sözlü anlatıma kadar değişen oldukça farklı iletişim araçlarını kullanmaktadır. Dilin simgelerini kullanan insanlar duyduklarını, çektiklerini ve yaptıklarını birbirlerine aktarmaktadırlar(1).

Toplum yaşamının korunması ve sürdürülmesi, bireylerin karşılıklı davranışlarında bir konsensusa varmalarıyla mümkündür. Aksi halde herkes tahminleri alt üst eden davranışlarda bulunursa, hayat yaşanmaz bir durum alır. Kişiler ancak kendilerinden bekleneni onaylanan şekliyle sergilemek durumundadır. Eğer bu sağlanamaz ise en yalın bir toplumsal yaşam bile söz konusu olamaz. Bu beklenti, kişinin toplumda işgal ettiği sosyal pozisyona göre değişmektedir. Sosyal pozisyonu belirleyen etkenler de toplumsal yapının siyasi örgütlenme biçiminden, kişilerin sahip oldukları eğitim, din, ekonomik olanaklarla yaş, cinsiyet gibi biyolojik özelliklere kadar değişirler. Bu niteliklerinden toplumca yüceltilenlere sahip olmalarına göre bireyler sosyal hayatta oldukça farklı pozisyonlarda bulunurlar. Kişiler ilişkilerinde uyumlu bir

(*) Celal Bayar Üniversitesi Öğretim Üyesi.

davranış sergileyebilmek için sosyal statülerine uygun davranmak zorundadırlar. Örneğin, bir aile ortamında baba, bir baba gibi; oğul da bir oğul gibi davranmak durumundadır. Sonuçta, statülere uygun sosyal rol beklentileri nedeniyle herkes her yerde her amacını gerçekleştiremez, yani her yerde her şeyi söyleyemez(2-3).

İfade şekli bakımından yazılı dile ayrı bir önem verilmekte, uygarlık bunun bulunuşuyla başlatılmaktadır. Yazılı dil bu gücünü, birbirlerini hiç tanımayan, görmeyen kişiler arasında mesaj alış verişini sağlaması, kalıcı olması ve daha yüksek seviyede bir soyutlamayı gerektirmesinden almaktadır (4).

Erem, Altavilla'dan nakille, iki kolu kesilmiş kimselerin ayak parmaklarıyla yazmayı öğrendiklerinde, bu yazının kol kesilmeden önceki yazı ile aynı özellikleri taşıdığını belirtmiştir (5). Kişiye özgü nitelikler yazı yoluyla ortaya konulurken, bir iletişim aracı olarak da insan davranışını yansıtmaları bakımından benzer derecede önemlidir.

Yazı, kişisel özellikleri yazılışa yansıtan, otomatik tepkilerin çizgi grafiği bilgisidir. Dolayısıyla değişik türden yazılmış yazılar, düşünsel şeyleri ve ideolojileri ifade ederler. Yani yazıcının kendisini tanıtmaya yarayıp, ona özgü nitelikleri ortaya koyar. Yazılar bireylerin duygularını anlatımlarının yolu olduğu kadar, kişinin kendini olduğu gibi ortaya koymasının da yoludur (6)

İnsanın sosyal çevresiyle her türden ilişkisini anlatan yazı, sosyal etkileşimin bir sonucu olarak, yazıldığı zamana, sosyal ortama ve toplumsal yapısına sıkı sıkıya bağlıdır. Dolayısıyla yazıya ait olduğu zamanın değer yargıları, düşünceleri sinmiştir. Bu bakımdan yazıyı, söz konusu yazının yazıldığı zaman diliminde değerlendirmek gerekir. Bu anlamda, bir idam mahkumunun yazdıkları, toplumsal gerçekleri çarpıtarak verse de yaşadığı döneme ışık tutar ve gerçek yaşantıdan kaynaklandıkları için hem düşünsel, hem sorunsal boyutlu olup öğreticidirler de. Yine günlük yaşantıdan kesitler sunan suçlu el yazıları ise bireylerin kendi kendileriyle alçak sesle konuşmalarından doğmakta ve başkalarına söyleyemedikleri sözleri, yüzde yüz olmasa da açıklıkla belirtmektedirler (7). Suçlu iletişimde bulunduğu adalet sistemindeki bireylerden genellikle daha aşağı sosyal statüye sahip olduğu için, özellikle sözlü dilde onlara söyleyemediklerini başka dilde belirtecektir. Buna bir de cezaevinin olumsuz koşulları ile adalet sisteminin yeterince işlememesi gibi etkenler eklenince, Lombroso'nun anlatımıyla suçlu merkezleri arasında normal iletişim dili bile argo dili şeklinde farklılaşmakta ve kavramları da suç sayılan niteliklerden meydana gelmektedir (5).

Yazılı anlatımın suçtaki önemi böylece somut bir şekilde belirtilirken, bu konuda yapılmış bir araştırmada (8), hırsızlarla profesyonel dilencilerin birbirleriyle gizlice

haberleşirken resim yazısına benzer işaretler kullandıklarının saptanmış olması, bize yazı dilinden hareketle suç hakkındaki bazı gerçeklerin ortaya konulabileceğinin ip uçlarını vermektedir. Çünkü bireyler yazılı anlatımda, özellikle de duvar yazılarıyla herhangi bir resimi yaptırım ya da gayri resmi dışlanma korkusuna maruz kaldıkları için, neler söyleyeceklerse açıkça dile getirmektedirler (3).

MATERYAL VE METOD

Bireyler arası her iletişimin bir içerik bir de ilişki boyutu vardır. Eylemin içeriği, doğrudan gerçekleştirilmek istenilen amaçla ortaya çıkar ve bunun tarafından belirlenir. İlişkinin boyutu da anlaşma sağlamayı amaçladığı için o anki duruma yöneliktir (3).

Araştırmamızda içerik analizi yöntemini benimsiyoruz. Bu yöntemle yazılı mesajın nedenlerini ve etkilerini ortaya koyarak, bireylerin hangi sosyal ortamlarda, ne türden amaçlarını, nasıl gerçekleştirmeye çalıştıklarını saptayacağız.

Toplum bilimsel araştırmalarda, özellikle son otuz-kırk yıldan bu yana içerik çözümlemesi oldukça sık kullanılmaktadır. Barelson'dan nakille, Arseven içerik çözümlemesinin, iletişimin açıklanan içeriğinin yansız, sistematik ve sayısal tanımlamasını yapan bir araştırma tekniği olduğunu belirtmektedir (9-10). İçerik çözümlemesi yöntemini benimsemekle, yöntemin araştırma basamaklarından; çözümleme kategorileri ile birimlerini belirleyerek, sonuca ulaşmayı adım adım uygulayacağız (9-10). Buna göre konu kategorileri, kilit kelimeler ve ifade türleri, kaynak; zaman; olgu, yorum ifadeleri ile yöneldiği kesim şeklinde nicel kategoriler olarak belirlenirken; sanıkların işledikleri iddia edilen suç türleri, suç nedenleri, yaş ve cinsiyet gibi etkenlerde de nitel kategoriler şeklinde belirlenip, sosyo kültürel ve yönetim alanında çözüm önerileriyle bazı sonuçlar ortaya konulacaktır.

Yazı dilini kullananların kimliklerinin saptanmasıyla bunlarla ayrı ayrı görüşüldüğü gibi dava dosyalarının incelenmesi ve haklarında düzenlenmiş raporların da değerlendirilmesiyle suç ve suçlu hakkında geniş bilgi edinme amaçlanmıştır.

Araştırmadaki amacımız, bazı sosyolojik değişkenlerden hareketle suç ve suçluya açıklamalar getirmektir. Suçlu el yazıları için belirlediğimiz hipotezler şunlardır;

1. Suç ve suçluya ait özellikler cinsiyete göre değerlendirildiğinde, kadın ve toplumla ilgili sorunlar daha somut şekilde ortaya çıkarlar.
2. Suçlu el yazıları, suçluların işlemiş oldukları suçlarla ilgili mesajlar verir.
3. Toplum sosyal kurumlarının beklentiler yönünde işleyip işlemedikleri, suçlu el yazılarındaki mesajlardan anlaşılır.

4. Suçlular sosyal statüleri hakkındaki düşüncelerini el yazılarında yansıtırlar.
5. Suçlu el yazılarındaki mesajlar, gelecek ve geniş zamanda daha çok iken, şimdiki ve geçmiş zamanda daha azdır.
6. Kadın suçlular erkeklerden, tutuksuzlar da tutuklu suçlulardan daha fazla koğuş duvarlarına yazı yazarlar.
7. Olgü belirten yazı türlerinde öneri ifadesi taşıyanlar, diğer ifade türlerinden daha fazladır.
8. Mesajlar kamu oyunu etkileme ya da bilgilendirmeye yöneliktir.

Araştırma, suçluların duruşmalarda gözlem altına alınmalarını gerektirecek davranışlar sergilemesi ya da avukatların talepleri sonucu, mahkemelerce Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesi'ne sevklerine karar verilen Ağustos 1994 ile Ekim 1996 tarihleri arasında gözlem altına alınarak 21 gün geçmeyen sürelerle gözlemleri yapılan 1228 erkek 97 kadın olmak üzere toplam 1325 suçludan; koğuş duvar yazılarından kimlikleri saptanabilen 125 erkek ve 22 kadın, toplam 147 suçluyu kapsamaktadır.

İncelemede suçluların el yazılarının içeriğinin değerlendirilmesi ile sınırlı kalmamış, suç anından suçluların gözlem altına alınmalarına kadar olan polis, savcılık ve mahkeme aşamalarındaki zaman dilimlerini kapsayan bilgilerin yer aldığı dava dosyaları tetkik edilip, suçlularla da görüşmeler yapılmıştır. Suça neden olan bazı faktörler saptanmış, veriler tablolar halinde ifade edilerek, ulaşılan sonuçlar somut bir şekilde ortaya konulmuştur.

BULGULAR

Araştırma grubunu oluşturan sanıkların davaları devam etmekteyse de inceleme sırasında davalarının son aşamalarına gelmeleri ve %91 oranında suçlarını kabul etmeleri nedeniyle bunlar için suçlu ifadesi kullanılmıştır.

Değerlendirmeye alınan suçlular, adam öldürmek suçunu en fazla işlemişlerdir (%24). Erkeklerin %20'si bu suçu işlerken, anne baba öldürmek de bu suça dahil edilirse kadınlardaki oran %77'i geçmektedir. Cinsiyet bakımından önemli diğer farklılık, erkekler kadınların pek işlemedikleri uyuşturucu madde bulundurma suçu (erkekler %20.80, kadınlar %4.55) ile kadınları hiç işlemedikleri (gasp %10.40, adam öldürmeye teşebbüs %8.80, hırsızlık %8.00 ile ırza geçmek %7.20) suçları işlemişler; bunlardan başka suçları, erkekler fazla işlemezken; kadınlar ise hemen hemen hiç işlememişlerdir (Tablo-1).

Suç işlenmesine zemin hazırlayan etkenler, cinsiyete göre değişmektedir. Er-

Tablo-1 : Suçluların İşlemiş Oldukları Suçların Cinsiyetlerine Göre Dağılımları

SUÇLULAR	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Kasten Adam Öldürmek	14	11.20	5	22.72	19	12.93
Adam Öldürmek	7	5.60	9	40.91	16	10.89
Uyuşturucu * Bulundurmak	18	14.40	1	4.55	19	12.93
Gasp	13	10.40	0	0	13	8.85
Öldürmeye Teşebbüs	11	8.80	0	0	11	7.48
Hırsızlık	10	8.00	0	0	10	6.80
Irza Geçmek	9	7.20	0	0	9	6.12
Ev Yakmak	9	7.20	0	0	9	6.12
Esrar Bulundurmak	8	6.40	0	0	8	5.44
Anne-Baba Öldürmek	4	3.20	3	13.63	7	4.76
Yaralama	6	4.80	1	4.55	7	4.76
Tehdit	4	3.20	0	0	4	2.72
Etkili Eylem	4	3.20	0	0	4	2.72
Sahtecilik	2	1.60	0	0	2	1.36
Orman Yakmak	2	1.60	0	0	2	1.36
Siyasi Suç	2	1.60	0	0	2	1.36
Nasr-ı Izrar	0	0	1	4.55	1	0.68
Diğer	2	1.60	2	9.10	4	2.72
Toplam	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd: 17 X2=62.99 p<0.05

Uyuşturucu * : Eroin, kokain, morfin

keklerde ekonomik nedenler %27'yi geçen oranda ilk sırayı alırken, kadınlarda aile içi anlaşmazlıklar %32'ye yaklaşmakta, bunları erkekler için uyuşturucu madde kullanımı %14'e yakın (eğer alkol alma ve uyarıcı madde alımıyla birlikte değerlendirilirse oran %25'e ulaşmaktadır.), gruruna yedirememe %11'e yakındır. Kadınlarda namus sorunu %23'e ulaşmakta, bunu sinirli bünye %18'i geçen oranla izlemektedir. Erkek ve kadınlar birlikte değerlendirildiğinde etkenlerin sıralaması yine değişmekteyse de az etkili nedenlerin sıralamasında değişiklik olmamaktadır (Tablo-2).

Suçluların mağdurla yakınlıkları, cinsiyete göre farklıdır. Erkeklerde ilk sırayı hiç tanımadıkları mağdurlar %35'i geçen oranda alırken, bunu mahallelisi %25'e yaklaşan oranla izlemektedir. Kadınlarda aynı mekanını paylaşan aile üyeleri %64'e yaklaşan oranla ilk sırayı alırken, bunu mahallelisi %14'e yaklaşan oranda izlemektedir. Erkeklerle kadınlar birlikte değerlendirildiğinde ise erkeklerin sayı fazlalığı nedeniyle sıralama erkekler lehine değişirken, daha ez etkili yakınlıkların sıralamasında değişiklik görülmemektedir (Tablo-3).

Tablo-2 : Suçluların işlemiş Oldukları Suça Zemin Hazırladığını İleri Sürdükleri Faktörlerin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı.

SUÇ FAKTÖRLERİ	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Ekonomik	34	27.20	2	9.09	36	24.49
Uyuşturucu Kullanımı	17	13.60	1	4.55	18	12.25
Aile İçi Anlaşmazlık	9	7.20	7	31.82	16	10.89
Namus	7	5.60	5	22.72	12	8.16
Cinsel	11	8.80	1	4.55	12	8.16
Sınırlı Bünye	8	6.40	4	18.18	12	8.16
Alkol Kullanımı	11	8.80	0	0	11	7.48
Gururuna Yedirememe	13	10.40	1	4.55	14	9.53
Dikkatsizlik/Tedbirsizlik	2	1.60	1	4.55	3	2.04
Uyarıcı Kullanımı	3	2.40	0	0	3	2.04
Küfür Etme	2	1.60	0	0	2	1.36
Siyasi	2	1.60	0	0	2	1.36
Ailevi Yaptırım	6	4.80	0	0	6	4.08
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd: 12 X²=20.88 p<0.05

Tablo-3 : Suçluların Mağdurla Yakınlıklarının Cinsiyetlerine Göre Dağılımı Suçluların Mağdurlarla Yakınlıkları

Suçluların Mağdurlarla Yakınlıkları	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Hiç Tanımıyor	44	35.20	2	9.09	46	31.29
Mahallelisi	31	24.80	3	13.63	34	23.13
Hane Halkı	15	12.00	11	50.00	26	17.69
İş Arkadaşı	12	9.60	1	4.55	13	8.85
Az Tanıyor	13	10.40	1	4.55	14	9.52
Akrabası	4	3.20	1	4.55	5	3.40
Karısı	4	3.20	0	0	4	2.72
Kocası	0	0	3	13.63	3	2.04
Diğer	2	1.60	0	0	2	1.36
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd: 8 X²=36.18 p<0.05

Tablo-4 : Suçluların Kullandıkları Suç Aletlerinin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

SUÇ ALETLERİ	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Bıçak	39	31.20	5	22.73	44	29.93
Vücudu	32	25.60	9	40.91	41	27.89
Tabanca	19	15.20	0	0	19	12.93
İğne-Şırınga	12	9.60	1	4.55	13	8.85
Kibrit	10	8.00	0	0	10	6.80
Odun Parçası	5	4.00	3	13.62	8	5.44
Balta	4	3.20	4	18.19	8	5.44
Diğer	4	3.20	0	0	4	2.72
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd: 7 $X^2=14.25$ $p<0.05$

Suç aletleri de cinsiyete göre değişmektedir. Erkeklerde bıçak %31'i geçen oranda en fazla iken, bunu %27'e varan oranda vücudu ile %15'i geçen oranda tabanca izlemektedir. Kadınlarda vücudu %41'e varan oranda ilk sırayı almakta, bunu %18'i geçen oranda balta ve %23'e yaklaşan oranda bıçak izlemektedir. Genel dağılımda ilk sıralamalar sayı fazlalığına göre erkekler lehine değişmekte, daha az kullanılan suç araçlarının sıralaması ise değişmemektedir (Tablo-4).

Tablo-5 : Suçluların Mesleklerinin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

MESLEK	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
İşsiz	53	42.40	0	0	53	36.05
Vasıfsız İşçi	21	16.80	1	4.55	22	14.97
Küçük Esnaf	20	16.00	0	0	20	13.61
Ev Kadını	0	0	16	72.72	16	10.88
Çiftçi	11	8.80	1	4.55	12	8.17
Pazarlamacı	4	3.20	3	13.64	7	4.76
İşçi Emeklisi	3	2.40	0	0	3	2.04
Teknik Eleman	3	2.40	0	0	3	2.04
Memur	3	2.40	0	0	3	2.04
Otopark Bekçisi	2	1.60	0	0	2	1.36
Balıkçı	3	2.40	1	4.55	4	2.72
Diğer	3	2.40	1	4.55	4	2.72
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd: 11 $X^2=86.33$ $p<0.05$

SUÇLULARIN PSİKOSOSYAL DÜNYALARINA KOĞUŞ DUVAR YAZILARINDAN BAKIŞ

Hem erkek hem de kadınlarda işsiz ya da ev kadını (erkek %42.40, kadın %72.72) ilk sırayı almakta, bunu erkeklerde vasıfsız işçilik %17'ye ulaşan oranda ile %16 oranında ayakkabıcı, kasap semt pazarcısı gibi küçük esnaf izlemektedir. Kadınlarda %14'e ulaşan oranda pazarlamacı mesleği saptanmıştır. Diğer işlerin sıralamasında pek değişiklik olmamaktadır (Tablo-5).

Medeni hal bakımından erkeklerde bekarlar %53'e varan oranla ilk sırayı alırken, kadınlarda evliler %59'u biraz geçen oranla ilk sıradadır. Dulların oranı, kadınlarda biraz fazlaysa da her iki cinsiyet için düşük oranlardadır (Tablo-6)

Tablo-6 : Suçluların Medeni Hallerinin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

MEDENİ HAL	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Bekar	66	52.80	5	22.73	71	48.30
Evli	51	40.80	13	59.09	64	43.54
Dul	8	6.40	4	18.18	12	8.16
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd: 2 $X^2=8.11$ $p<0.05$

Suç işledikleri tarihler itibarıyla yaşlarına bakıldığında erkekler en fazla 18-22 yaş grubundayken, kadınlar 28-32 yaş grubu ile erkeklerden daha yaşlı suç işlemişlerdir. Yaşların aritmetik ortalamalarından da kadınların erkeklerden daha ileri yaşlarda suç işledikleri anlaşılmaktadır (Tablo-7).

Gözlem altında kalma süresi cinsiyete göre değişmektedir. Erkekler %34'e va-

Tablo-7 : Suçluların Suç Tarihlerindeki Yaş ve Cinsiyet Dağılımı

YAŞ GRUPLARI	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
13-17	14	11.20	0	0	14	9.52
18-22	41	32.80	7	31.82	48	32.65
23-27	22	17.60	2	9.09	24	16.33
28-32	17	13.60	8	36.36	25	17.01
33-37	13	10.40	2	9.09	15	10.21
38-42	9	7.20	1	4.55	10	6.80
43-47	5	4.00	2	9.09	7	4.76
48-52	4	3.20	0	0	4	2.72
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

(Erkekler) : 26.64 (Kadınlar) : 28.64 (N) : 26.94

ran oranda 19 ile 21 gün gözlem altında kalırken, kadınlar %41'e varan oranı 13-15 günde gözlem süresini tamamlamıştır. Gözlem süresinin sonuna kadar gözlem altında kalan kadın oranı oldukça düşüktür (Tablo-8).

Tablo-8 : Suçluların Gözlem Altında Kaldıkları Günlerin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

GÖZLEM SÜRESİ (GÜN)	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
1-3	0	0	1	4.55	1	0.68
4-6	3	2.40	1	4.55	4	2.72
7-9	18	14.40	1	4.55	19	12.93
10-12	9	7.20	2	9.09	11	7.48
13-15	18	14.40	9	40.90	27	18.37
16-18	35	28.00	7	31.82	42	28.57
19-21	42	33.60	1	4.55	43	29.25
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

(Erkekler) : 15.56

(Kadınlar) : 13.73

(N) : 15.29

Gözlem altına alınanların tutuklu ya da tutuksuz olmaları, erkeklerde pek farklılık göstermezken (tutuklu %55.20, tutuksuz %44.80), bu özellik kadınlarda çok belirgindir (tutuklu %72.73, tutuksuz %27.27).

Çekirdik aile yapısı hem kadın hem de erkeklerde oldukça fazla saptanmış (Erkek %75.20, kadın %54,55); parçalanmış aile erkeklerde %15.20, kadınlarda %27,27'dir. Parçalanmış ailede erkeklerin %58'inin babası ile annesi ayrı yaşarken, kadınların %42'sinin babası vefat etmiştir. Dört ve daha fazla kardeşi olanların oranı erkeklerde %59, kadınlarda %64'tür.

Eğitim düzeyi bakımından ilkokulu bitirenler oldukça fazladır (erkekler %67, kadınlar %78). İlkokul terk ile okur-yazar olanlar da bu oranlara eklenirse erkekler %79, kadınlar %83 olmaktadır.

Doğum yerleri ile suç yerlerinin aynı olma oranı çok yüksektir (erkekler %77, kadınlar %78).

Suçluların gözlemleri sonucunda düzenlenen raporlarda erkeklerin %72, kadınların %68'ine sağlam teşhisi konulmuştur. Uyuşturucu madde kullananlara "iptila değil" raporu verilenler de bu orana eklenir ise erkekler %83, kadınlar %77'ye ulaşmaktadır.

Nitel özellikler suç türleri, nedenleri, araçları, meslekleri, yaşları, medeni halleri, eğitimleri, gözleme geliş şekilleri ve gözlemde kalış süreleriyle aile yapıları, hem

tablo hem de anlatımla açıklanırken; nicel değerlendirme de suçluların koğuş duvarlarına yazdıkları el yazıları üzerinde durulacaktır.

Konularına göre suçlu el yazıları değerlendirildiğinde, erkeklerde kişiler arası ilişkiler öncelikle gündeme gelirken %28, kadınlarda %46'ya varan oranda aile iliş-

Tablo-9 : Suçluların Yazı Konularının Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

YAZI KONULARI	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
İlişkilerdeki Aksaklıklar	35	28.00	1	4.55	36	24.49
Tavsiyeler	25	20.00	2	9.09	27	18.37
Aile İlişkileri	9	7.20	10	45.46	19	12.93
Dini Anlatım	19	15.20	0	0	19	12.93
Devlet Yapısı	12	9.60	0	0	12	8.16
Cezaevi Olumsuzluğu	10	8.00	3	13.62	13	8.84
Sevgi, Saygı	6	4.80	4	18.18	10	6.80
Ruhi Durum	3	2.40	1	4.55	4	2.72
Ahlak	1	0.80	1	4.55	2	1.36
Gözlem Dairesi	2	1.60	0	0	2	1.36
Diğer	3	2.40	0	0	3	2.04
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Sd:10 χ^2 : 32.91 p < 0.05

Tablo-10 : Suçluların Kullandıkları Kilit Kelimelerin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

KİLİT KELİME	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Sevgi	14	11.20	8	36.36	22	14.97
Allah	20	16.00	1	4.55	21	14.29
Kader	15	12.00	3	13.63	18	12.25
Yaşantı	16	12.80	2	9.09	18	12.25
Zorluklar	14	11.20	3	13.63	17	11.56
İsyan	11	8.80	2	9.09	13	8.84
Adalet	11	8.80	1	4.55	12	8.16
Sabır	8	6.40	0	0	8	5.44
Gelecek	5	4.00	1	4.55	6	4.08
Deli	4	3.20	1	4.55	5	3.40
Diğer	7	5.60	0	0	7	4.76
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

kileri birinci sıradadır. Bunları erkeklerde cezaevi dışındaki toplum kesimine tavsiyeler %20 ile dini anlatımlar %15'i geçen oranda izlemiş, kadınlarda sevgi ve saygı isteği %18 oranını geçerken, cezaevi koşullarının olumsuzlukları %14'e yakındır. Diğer konuların dağılımları tablo halinde gösterilmiştir (Tablo-9).

Suçlu yazılarındaki kilit kelimeler, erkeklerde **Allah, kader** %28'le ilk sırayı alırken, kadınlarda **sevgi** %36 ilk sıradadır. Bunları erkek ve kadına göre değişen, toplumsal çevreyle ilişkilerde başarısızlığı ifade eden **zorluk çekme** ile toplum kurumlarına ve üyelerine **isyan, adalet, gelecek, deli** gibi kilit kelimeler izlemektedir (Tablo-10).

Yazıların hedeflediği kesim erkeklerde kamuoyu (%59) iken, kadınlarda adalet sistemidir (%41). Bunları suç işlememiş toplum kesimi ile suça neden olan toplumsal kurumlar izlemektedir (Tablo-11).

Tablo-11 : Suçluların Yazılarında Hedeflediği Toplum Kesiminin Suçlu Cinsiyetine Dağılımı

TOPLUM KESİMİ	ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
	f	p	f	p	n	p
Kamuoyu	74	59.20	8	36.36	82	55.78
Suçsuzlar	29	23.20	5	22.73	34	23.13
Adalet Personeli	20	16.00	9	40.91	29	19.73
Suç Nedeni Kurumlar	2	1.60	0	0	2	1.36
Toplam (N)	125	100.00	22	100.00	147	100.00

Hem kadın hem de erkekler, yazılarında kesinlik ifadelerini az kullanmışlardır (erkekler %16, kadınlar %32). Erkekler yorumlamada daha çok bulunurken %56, kadınlar %36'yı geçen oranda önerilerde bulunmuşlardır (Tablo-12).

Tablo-12 : Suçluların Yazı İfade Biçimlerinin Cinsiyetlerine Göre Dağılımı

İFADE TÜRÜ		ERKEK		KADIN		TOPLAM (N)	
		f	p	f	p	n	p
Olgu	Öneri	35	28.00	8	36.36	43	29.25
	Kesin	20	16.00	7	31.82	27	18.37
Yorum		70	56.00	7	31.82	77	52.38
Toplam (N)		125	100.00	22	100.00	147	100.00

Kadınlarla erkeklerin yazılarında kullandıkları zaman dilimleri geniş zaman (erkekler %59, kadınlar %55), şimdiki zaman (erkekler %19, kadınlar %28), gelecek zaman (erkekler %16, kadınlar %17) dir. Hem erkek hem de kadınlar geniş zaman, şimdiki zaman, gelecek zaman sıralamasını kullanmışlar, geçmiş zamanın kullanımı sadece erkeklerde saptanmıştır.

TARTIŞMA

Kadınlar ile erkeklerde adam öldürme suçunun ilksırayı alması, benzer araştırma sonuçları ile uyumaktadır (11,12,14). Kadınların adam öldürmeyi özellikle aile içi anlaşmazlıklar nedeniyle yakın sosyal temasta oldukları kişilere, erkeklerden ileri yaşlarda ve evliyken namus meselesinden dolayı hiç bir suç aracı kullanmadan ve aynı mekanda bulunanlara karşı işlemleri, onların sosyal statüleri ile grup içi rollerini mevcut kültürde değerlendirilmesini gündeme getirmektedir.

Erkeklerin ekonomik nedenlere dayalı bazı suçları, hiç tanımadıklarına karşı bıçak ya da silah kullanarak kadınlardan daha fazla işlemesi, erkeğin aktif çalışma hayatına kadından daha çok katıldığına göstergesidir. Çalışma grubumuzu oluşturan erkeklerin %43'e varan oranda işsiz, kadınların da ev kadınından sonra pazarlamacı olduklarının tespiti, bu konuda 1990 yılından itibaren yapılmış araştırmalardaki suçluların çoğunluğunun hizmet personeli, sonra da pazarlamacı olan kimselerden oluştuğu sonucuyla uyumaktadır (12). Erkek suçluların çoğunun yaşlarının 18-22 yaş grubunda bekar, kadınların ise 28-32 yaş grubunda ve evli olmaları, kadınların yakın sosyal çevreleri olan aile ilişkilerinin sosyal analizinin gerekliliğini belirtmektedir.

Dünyada ve Türkiye'de kadınların ceza sürelerinin erkeklerden daha az olduğu, aynı nedenlerle gözlem altında kalma sürelerinin de erkeklerden az olacağı, bunun nedenlerinden birinin kadınların çekiciliği şeklindeki sekse dayalı açıklamaları kabul etmek güçtür (13). Saptamalarımızda kadınlar üzerindeki toplumsal baskı, suçta tayin edici rol oynamaktadır. Bu durumu gözlem altına alınan kadınların %73 oranında tutuklu olmalarıyla gözlem sonucu düzenlenen raporlarda sağlam teşhisinin erkeklerden daha az verilmiş olması ve tutuksuz kadınların gözlem altına alınma oranlarının oldukça düşük bulunuşundan anlayabiliriz. Erkeklerle göre kadınlar akıl muayenesi olmaktan daha fazla çekinmekte, yakınları veya avukatı ya da mahkemece aklı muayenelerinin tetkiki istenmektedir.

Aile yapısı hem erkek hem de kadınlarda çekirdek aile şeklinde olup, kardeş sayısının dört kardeşten fazla ve eğitim seviyelerinin en çok ilkökul düzeyinde gibi saptamalar, genel suçlularınki ile uyumaktadır (11,12,14).

Suçun ne şekilde ve kime karşı işlendiği ile kadın ve erkek suçlarının psiko-sosyal etkenleri cinsiyet esas alınarak ayrıntılı değerlendirildiğinde, kadının özellikle ailedeki sosyal statüsü ve rolüyle kültür yapımızın tartışması gündeme gelmekte, böylece birinci hipotezimiz doğrulanmaktadır.

Erkeklerde kişiler arası ilişkilerdeki aksaklıklar sosyal yaşantı, toplum kurumlarına isyan, adalet, sözcükleri sıklıkla belirtilirken; kadınlarda en yakın sosyal çevre ailedeki ilişki biçimlerini anlatan sözcükler el yazılarına yansımıştır. Bu nedenlerin adam öldürme suçuna sebep oluşturdukları hatırlandığında da ikinci hipotezimiz doğrulanmış olmaktadır.

Devletin bürokratik yapısı ile ilgili aksaklıklar cezaevi, hatta Gözlem İhtisas Dairesi'nin olumsuz koşulları erkeklerce dile getirilirken; kadınlar tarafından da cezaevindeki olumsuzlukların özellikle belirtilmesi, bir yandan toplumdaki devlet, cezaevi gibi sosyal kurumların iyi işlemediklerine işaret etmekte, diğer yandan da üçüncü hipotezimiz doğrulanmaktadır.

Hem erkek hem de kadınlarda **yaşantı** ve **gelecek** ile ilgili kilit kelimelerin olumsuz ifadelerle ve sıklıkla geçmesi, araştırma grubunu oluşturanların gelecek kaygısı olan, mevcut hayat şartlarından hoşnut olmayan ve nihayet toplumun alt kesimini oluşturdukları söylenebilir. İfade biçimi olarak suçluların geniş zamanı daha çok olmak üzere sırasıyla gelecek, şimdiki ve geçmiş zamanları kullanmaları dördüncü ve beşinci hipotezleri doğrulamıştır.

Koşuş duvarlarına yazılmış suçlu el yazıları kendi içlerinde değerlendirildiğinde, kadınların erkeklerden daha fazla yazı yazdıkları ve tutuklu kadınların da çoğunluğu oluşturdukları açıkça görülmektedir. Ancak bu nitelikler genel suç dağılımı ile birlikte düşünüldüğünde (11,12,14) saptadığımız tutuklu (erkek %55, kadın %73) ve tutuksuz (erkek %45, kadın %27) oranları ile el yazısı yazmış suçlu erkek (%85 ve kadın %15) oranlarının oldukça yüksek oldukları anlaşılacaktır. Bu sistematik değerlendirme ile altıncı hipotezimiz doğrulanmaktadır.

Nitelik açısından suçlu el yazıları değerlendirildiğinde, yorum ifadesi erkeklerde %70 oranıyla kadınlardan fazla iken, kadınlarda olgu niteliğini gösterenler %68'i geçmektedir. Sosyal yaşantıda kadınların olaylara daha çok yorum açısından yaklaştıkları saptamalarını (8.12.14), araştırma grubumuz için kabul edemiyoruz. Çünkü olgularda kesinlik bildirenlerin oranı %32 iken, öneri sözcükleri oranının %36 olarak kadınlarda saptanmış olması, kadınların düşünsel alanda erkeklerden ileri seviyede oldukları söylenebilir (4). Kadınlarda belirgin bir fark görülmesi de erkeklerle birlikte değerlendirildiğinde olgu niteliği taşıyanlar, genelde öneri ifadesi biçimindedirler. Böylece yedinci hipotezimiz doğrulanmıştır.

Erkekler %59, kadınlar %37 oranında koğuş duvarlarına yazdıkları el yazıları ile adalet sistemi ve suça neden olan toplum kurumunu hedef göstererek suç işlememiş toplum kesimine, hatta toplumun tümüne mesajlar vermektedirler. Buna göre son hipotezimiz de doğrulanmış olmaktadır.

SONUÇ

Bireyler en zor koşullarda bile çevreleriyle uyum göstererek, iç ve dış dünyalarını dengede tutarlar. Dengeyi sağlayan doyumun kişisel, sosyal, siyasal ve evrensel boyutları olduğu için (3) uyumsuzluklardan sakınmanın bir yolu da yazı dilidir. Yaşanılan çatışma, yazı aracılığıyla ve cinsiyete göre değişiklik gösteren, oldukça farklı yolların izlenmesiyle ortadan kaldırılmıştır.

Koğuş duvarlarına yazdıkları el yazılarında erkekler kader ile ilgili geniş ve geçmiş zamanlı ifadeleri özellikle kullanırken, kadınlar aile ilişkileri ve yaşantının zorluklarını şimdiki zamanda belirtmişlerdir. Farklı tutumların yazıda ortaya çıkması, toplumun cinsiyete göre verdiği sosyal statü ile rolden ileri gelmektedir. Erkekler her türlü zorlukların üstesinden gelme rol ve statüsü verilerek aksinin zayıflık kabul edileceği bilinci yerleştirilince onlar da güçsüzlükle ilgili hiç bir olumsuzluk sergilememek için oluşları **kader** veya **Allah** ile biçimlendirip geniş ve geçmiş zamanda ifade etmişler, böylelikle çatışmayı bizzat yaşasalar da kendilerini dışarıda tutmuşlardır. Rekabetten uzak, nazik, ev işlerine yatkın, şefkatli gibi sosyal rollerle donatılmış kadınların, erkeklerden farklı rol ve statüde buldukları için sorunları da onlardan farklıdır. Kadınlar yakın ilişkilerinde yaşadıkları çatışmayı, aile çevresinde ve şimdiki zaman gerçeğinde ortaya koymuşlardır.

Suçta hazırlayan etkenlerde de cinsiyete göre değişen tutum farklılıkları etkili olmuş; erkeğe verilmiş toplumsal rol ve statünün zenginliği, erkeklerde kadınlardan daha fazla suç sıklığı ve türleri ile ifadesini bulmuştur. Ancak suç işlenmesini hazırlayan parçalanmış aile, fazla kardeş sayısı, düşük ekonomik ve eğitim düzeyleri gibi olumsuz koşullar, her iki cinsiyeti de aynı seviyede etkilemiştir.

Sonuçta kadın ve erkeğe aile hayatıyla sosyal yaşantıdaki toplumsal güç pozisyonları paylaşılmalı, sosyo kültürel alanda eşitlik sağlanmalı ve toplum hakkında da önemli ip uçları veren cinsiyetle ilgili çalışmalar arttırılmalıdır.

KAYNAKLAR

1. CHILDE, G., Tarihte Neler Oldu? (Çevirenler: M.Tuncay-A.Şenel), Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985, 14
2. FICHTER, J., Sosyoloji Nedir? (Çeviren: N.Çelebi), Atilla Kitabevi, Ankara, 1994, 100, 107, 143.
3. GÖKÇE, O., İletişim Bilimine Giriş İnsanlararası İlişkilerin Sosyolojik Bir Analizi, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1993, 29, 35, 41, 115, 101-111.
4. SONGAR, A., Dil ve Düşünce, Cerrahpaşa Tıp Fak. Psikiyatri Kliniği Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986, 43-53.
5. EREM, F., Suç Bilimi Açısından Adalet psikolojisi, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, 310-337.
6. SIMONIN, C., Médecine Légale Judiciaire Maloigne, Paris, 1955, 787, 789.
7. ÖZDEMİR, E., Yazı ve Yazınsal türler, Varlık Yayınları, İstanbul 1983, 132, 152-153, 156.
8. DEVELLİOĞLU, F., Türk Argosu İnceleme ve Sözlük, Aydın Kitabevi Yayınları, 6. Bası, İstanbul, 1981, 27, 48.
9. AZİZ, A., Araştırma Yöntemleri-Teknikleri ve İletişim, Ankara Üniv. Sosyal bilgiler Fak. Ve Basın Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1990, 105, 110-115
10. ARSEVEN, A.D., Alan Araştırma Yöntemi (İlkeler, Teknikler, Örnekler), Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1993, 73, 76-84.
11. DÖNMEZER, S., Kriminoloji, Filiz kitabevi, İstanbul, 1984, 87, 89.
12. İÇLİ, T., Kriminoloji, bizim Büro Basımevi, Ankara, 1994, 124, 286-288, 269-271
13. COLLETTE, C.R.; LANGELIER, B.L., "Du Cote des Filles et des femmes: Leur Délinquance, Leur Criminalité", Criminologie, 1983, 16, 2, 27-45.
14. YÜCEL, T.M., Kriminoloji Suç ve Ceza, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, Ankara, 1986, 79-90.

BİLGİSAYAR İLE İLGİLİ SUÇLAR

Hasan DURSUN (*)

Bugünlerde, bilgisayarlar hayatımızda önemli bir yer işgal etmekte ve kullanımları her alana yayılmış bulunmaktadır. Bilgisayarların amacı hayatı daha kolay ve verimli kılmaktır. Bu hususa herhangi bir itiraz olamaz. Bilgisayarla ilgili temel problem onun bir suç aracı olarak kullanılabilmesidir. Bilgisayarın bir suç aracı olarak kullanılmasını önleyemezsek, bilgisayarlar insanlığın huzurunu kaçırarak ve özel hayatın gizliliği kalmayacaktır. Bilgisayar ile ilgili suçlar literatürde beyaz yakalı suç olarak bilinir ve milyarlarca lira zarara sebep olabilir. Ayrıca, kanunları uygulama durumunda olanlar için de oldukça fazla iş çıkarır.

Bilgisayar ile ilgili suçları anlamak için önce beyaz yakalı suçları bilmek gerekmektedir. Black's Law Dictionary adlı Sözlük, (1979, ss.1431-1432) beyaz yakalı suç, şiddete dayanmayan bir suç olarak tarif etmekte ve bu suçla zimmet, antitröst ihlali gibi sanığın mesleğinden kaynaklanan güven duygusunun hile ve diğer yollarla hukuka aykırı bir biçimde kötüye kullanılmasıyla işlenen suçların anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu tanımdan beyaz yakalı suçların daha çok sanığın mesleğine dayanan veya iş dünyası ile ilgili bir suç olduğu anlaşılır. Beyaz yakalı suçlar sokak suçlarından daha az göze gözükmesine rağmen sokak suçundan daha fazla bir zarara sahiptir. Amerika Birleşik Devletleri Adalet İstatistikleri Bürosunun özel bir raporu (1987,s.1) bu konuda şu hususu belirtmiştir "... 1 Ocak 1985'ten 30 Eylül 1985 tarihine kadar Birleşik Devletler Avukatları tarafından, beyaz yakalı suçlar ile ilgili mahkemeye açılan kamu davalarında, 140 kişi değerinin her biri 1 milyon doların üzerinde, 64 kişi ise değerinin her biri 10 milyon doların üzerinde bulunan beyaz yakalı suçları işlediği iddiasıyla sanık sandalyesine oturmuştur. Bu rakamları 1985 yılının banka soygunları ile karşılaştırırsak, o yıl polise ihbar edilen banka soygunlarının toplamı 19 milyon doların altında olup,bütün soygunların toplamı ise yaklaşık 313 milyon dolardır..." (Wroblecki ve Hess, 1990, s.362).

Bilgisayar ile ilgili suçları işlemenin çok çeşitli yolları bulunmaktadır. En yaygın tekniklerden birisi bilgisayar yazılımı hırsızlığıdır. Meyer (1995, s.50) David La Macchia davası ile anılan bir davadan söz etmektedir. LaMaccia, Mass, Inst. Of Tech. (MIT) adlı üniversite öğrencisiydi ve kablo sahtekarlığı (wire fraud) ile suçlanıyordu. İddiaya göre, LaMacchia, değeri 1 milyon doların üzerinde bulunan telif hakkına (copyright) sahip bilgisayar yazılımını (software) İnternet yolu ile dağıtımını yapmıştı.

(*) Planlama uzmanı

Carataga tarafından verilen başka bir örneğe göre ise, bir bilgisayar korsanı (computer-hacker) olan Kevin Mitnick, Şubat 1995'te North Caroline'de tutuklanmış ve değeri 1 milyon doların üzerinde olan veri (data) ve binlerce kredi kartı numarası çalmakla suçlanmıştır. Bilgisayar hırsızlığı öyle yaygınlaşmıştır ki uzmanlar, hırsızlık metodu ve stilini tarif etmek için kendi jargonlarını icat etmişlerdir. Siegel'e göre, (Wroblewski ve Hess, 1990, s.367) jargonlar aşağıdaki gibidir.

Trojan atı (The trojan horse). Bir bilgisayar diğerini rahatsız etmek için yeniden programlanır. 1990 yılında iki lise öğrencisi, Depaul Üniversitesinin bilgisayarını, üniversitenin kullanmasını önlemek için yeniden programladılar. Hakim, gençlerin işlediği suçun kabahat olduğu gerekçesiyle onları mahkum etti.

Salam Dilimi (The salami Slice). Kötü niyetli bir personel, bilgisayarda kayıtlı bulunan şirket hesabına ek kukla bir hesap açar. Çok küçük miktarda paralar -bir kaç lira bile- müşterilerin hesabından çekilir ve kukla hesaba eklenir. Müşteriler hırsızlığı keşfetseler bile şikayet etmezler çünkü önemsiz miktarda para kaybolmuştur. Küçük miktardaki paralar toplanarak sonunda milyarlarca liraya ulaşır.

Süper-zap (super-zapping). İş dünyasında kullanılan bilgisayarların çoğunda hırsızlığa karşı bir koruyucu güvenlik sistemi vardır. Bununla birlikte, o işyerinde çalışan kimseler, mevcut güvenlik programını etkisiz hale getirmek için tamir veya bakım programları kullanırlar. Bu programlar sürekli denemeler yaparak sisteme giriş şifresini bularak güvenlik duvarını aşar ve girilmemesi gereken hesaplara girebilirler. Bilgisayar programlamasını bilen kötü niyetli kimseler öyle güzel (zapçı) program hazırlayabilirler ki, kısa bir zaman içinde bilgisayar sistemini kendi özel hesabına çek kestirecek hale getirmeyi başarırlar.

Mantık Bombası (The logic bomb). Şirketin bilgisayar programına bir program gizlice eklenmiştir. Bu gizli program, şirketin bilgisayar programını seyrederek ve 'hata gösteren işaretini bekler, bu işaret görününce gizli program devreye girer ve şirketin programının zayıflığını istismar eder. İstismar olayı hırsızın amacına göre değişir, para hırsızlığı, gizlice askeri bilgileri çalma, sabotaj ve benzeri durumlar örnek olarak gösterilebilir.

Genellik (Impersonation). Yetkisiz bir kimse, yetkili olarak bilgisayar kullanan bir kimsenin şifresini girerek onun yerine bilgisayar kullanır.

Veri Sızdırma (Data leakage). Bir kişi, küçük miktarlarda veri sızdırarak yasadışı bir şekilde bilgisayar sisteminden bilgi alır.

Diğer bir yaygın teknik de **bilgisayar sahteciliği** olarak karşımıza çıkmaktadır. Wroblewski ve Hess'e (1990, s.366) göre bilgisayar sahteciliği; girdi ve çıktı verilerinde, bilgisayar zamanının kullanılmasında veya sahte programlar gibi çeşitli şekillerde mümkün olabilir. Adı geçen yazarlar bilgisayar verilerinin değiştirilebileceğini, ör-

neğin hayali bilgilerin girilebileceğini, rakamların değiştirilebileceğini veya verilerin yok edilebileceğini, çıktı verilerinin yetkisiz kimseler tarafından kablo, elektromagnetik veya veri tablosu ile ele geçirilebileceğini, bilgisayar programının ise-satın alınan mala ilave maliyet eklemekle veya kaydının çoğaltılması yoluyla değiştirilebileceğini ifade etmektedirler. Ayrıca, emanet edilen bir bilgisayarın emanet edilenin şahsi bir işi için kullanılabilmesi olayı ile karşılaşmamız da mümkündür ki, bu duruma emniyeti suistimal (pilferage) denir. Pilferage anlamındaki emniyeti suistimal, kendisine emanet edilen mal veya paradan küçük miktarda çalmak veya kendi özel işleri için kullanmayı ifade eden bir kavramdır.

Girdi verilerinin değiştirilmesi bilgi sistemlerinde hayati bir önem taşımaktadır. Bu konuda, kötüye kullanılan önemli sayıda delil bulunabilir. Örneğin, Dickey, (Wroblecki ve Hess, 1990, s.366) aşağıdaki olayı nakletmektedir;

Onbeş yaşındaki bilgisayar korsanı olan bir çocuk, ucuz bir bilgisayarı ve modem (bilgisayarların telefon hattı ile birbirine bağlanmasını sağlayan alet) ile California'daki bir hastanenin kayıtlarına ulaşarak orada yatan bir hastanın hastalığının seyrine dair bilgileri ve ona tarif edilen reçeteleri sırf eğlence olsun diye değiştirdi. Bu korsanın müdahalesi ile, hasta büyük bir alerjik reaksiyon sonucu şoka girdi ve neredeyse ölecekti. Daha sonra bilgisayar korsanı belirlendi ve yakalandı. Çocuk, öğretmenleri tarafından sevilen çok zeki bir çocuktü ve bir bankanın başkan yardımcısının oğluydu. Çocuk mahkemesinde korsanın davası sırasında; hakim bu durumun çok ciddi sonuçlara yol açabileceğini, bununla beraber kimsenin ölmediğini belirtti. Hakim ayrıca hastanenin bilgisayarını bu ölçüde herkese açmaması gerektiğini belirtti. Sonuç olarak ceza ertelendi, çocuk mahkemesi kayıtları kapatıldığından korsan çocuk, sabıka kaydı almadı.

Bilgisayar ile ilgili suçlar sokak çocuklarından belli bakımlardan farklıdır. Wroblecki ve Hess (1990, s.368) bilgisayar ile ilgili suçların özelliklerini şu şekilde göstermektedir.

a) Bilgisayar ile ilgili suçların işlenmesi oldukça kolaydır, buna mukabil suçun belirlenmesi oldukça zordur.

b) Çoğu bilgisayar suçları "köstebek" diye bilinen kurum içi çalışanlar vasıtasıyla işlenir.

c) Çoğu bilgisayar suçları takip edilemez.

Son yıllarda bilgisayar ile ilgili suçlar sayılamayacak kadar çok artmıştır. Wroblecki ve Hess (1990, s.368) Amerika Birleşik Devletlerinde yaşanan için bilgisayar ile ilgili suçları ve geçerli durumlarını aşağıdaki şekilde göstermektedir.

BİLGİSAYAR İLE İLGİLİ SUÇLAR VE CARİ DURUMLARI

Yangın Çıkarma (Arson). Bilgisayar merkezinde kasıtlı olarak yangın çıkarma.

Kapı Kırarak Hırsızlık (Burglary): Bilgisayar merkezine yasadışı olarak bir suç işlemek amacıyla girmek.

Tehdit (Blackmail). Para elde etmek için bilgisayar Merkezinin operatörünü tehdit etmek.

İştirak (Collision). Bilgisayar ile ilgili bir suç işlemek için diğeriyle beraber çalışmak.

Çetecilik (Conspiracy). Birçok kimsenin bilgisayar ile ilgili bir suç işlemek amacıyla birleşmesi.

Kalpazanlık (Counterfeit). Bilgisayar dokümanlarının fotokopisinin yapılması veya taklit edilmesi.

Emniyeti Suistimal (Embezzlement). Başkasına ait bir malın hile ile şahsi kullanıma çevrilmesi.

Casusluk (Espionage). Gizli belge veya bilgileri çalmak.

Taklitçilik (Forgery). Sahte bilgi yayımlamak.

Dolandırıcılık (Fraud). Hesapların değiştirilmesi veya ondan yasadışı olarak para aktarılması.

Hırsızlık (Larceny). Bilgisayar parçalarını ve materyallerini çalmak.

Malın Kötü Niyetle Tahribi (Malicious Destruction of Property). Bilgisayar donanımı (hardware) veya yazılımını (software) tahrip etmek.

Adam Öldürme (Murder) Hastanın hayatı ile ilgili bilgilere ulaşarak hastanın ölümüne neden olma.

Çalınan Malı Almak (Receiving stolen property). Bilgisayar vasıtasıyla çalındığını bildiği halde bir mal veya bilgiyi kabul etmek.

Sabotaj (Sabotage). Bir bilgisayar bilgisini, programını veya yazılımını kasıtlı olarak tahrip etmek.

Hırsızlık (Theft). Bilgisayarı kullanarak mal veya para çalmak veya bilgisayar parçalarını veya materyallerini çalmak.

Bilgisayar vasıtasıyla işlenen kalpazanlık suçunun ne boyutlara ulaştığını göstermek için aşağıdaki misal konuyu iyice aydınlatılabilir. Stix'in (1994,s.102) belirttiğine göre mürekkep püskürtmeli printer'e (ink-jet) bağlı olan bir bilgisayar sahte para yapmak için elektronik süzücüye (scanner) bağlanır, bu süzücü ile paranın şekli elde edilir ve daha sonra bilgisayar yazılımı vasıtasıyla, elektronik süzücü ile elde edilen şekil geliştirilir ve renkli yazıcıda bastırılır. Amerikan Gizli Servisi tarafından Ekim 1992'den Haziran 1993 sonuna kadar tespit edilen sahte banknotların değeri 66.000\$ idi.

Bilgisayar ile işlenen suçların bilinen suçlardan değişik olarak hangi vasıtalarla işlendiğini göstermek için aşağıdaki misal oldukça çarpıcı bir niteliktedir. Meyer'in (1995,s.37) naklettiği bir olaya göre 51 yaşındaki Alan Paum Barlow adında bir kişi, 1994 ilkbaharında 14 yaşındaki bir kızı internet yolu ile takip ediyor ve kızı ağına düşürmek için kendini 13 yaşında bir çocuk olarak tanıtarak kızı 13 yaşındaki bir çocuğun resmini internet vasıtasıyla gönderiyordu. Kendi aşkını Oscar'lık, kızın aşkını ise tavşan aşkı "love bunny" olarak adlandırıyor. Birbirlerinin çıplak fotoğraflarının değişimini yaptılar. Oscar ve Bunny'in buluşması için anlaşılır. Kız, Barlow için otelden bir yer ayırtarak Seattle'D den New York'a uçakla gitti. New York'ta yaşayan kızın annesi buluşma günü alışveriş yaparken tamamen şans eseri kızını Barlow ve 10 yaşındaki bir oğlanla soda içerken binanın tepesindeki kafeteryada gördü. Polis Barlow'un Amerika'nın Doğu kıyısından Batı kıyısına kadar uzanan eyaletlerde, sayıları 20 ile 30 arasında çocuklarla bilgisayar vasıtasıyla teması olduğu sonucuna vardı. Seattle'de, Barlow, seks için gerekli olan minimum 12 yaş kuralını çiğneyerek bir çok çocukla cinsi temas suçu ve hileli ırza geçme suçu ile yargılandı.

Bütün bu anlatılanlardan sonra tehlikenin farkına açıkca varılmaktadır. Neumann'ın isabetli olarak belirttiği üzere bilgisayar güvenliğini sağlamak için aşağıdaki tedbirler alınmalıdır.

- a) Alıcılar, müşteriler, üniversiteler, hükümet kurumları, bilgisayar güvenliğine karşı gerekli tedbirleri almak için motive edilmelidir.
- b) Daha fazla güvenlik için talep , reklamlar vasıtasıyla harekete geçirilmelidir.
- c) Sistem standardını koyanlar (hükümet ve özel) güvenlik standartlarını yükseltmelidirler.
- d) Kanunlar, bilgisayarla ilgili suçları önlemek için yendien gözden geçirilmelidir.
- e) Kanun uygulayıcıları bilgisayar suçunu tanımak ve sorumlularını yakalamak için daha fazla zaman ayırmalıdır.

Bilgisayar ile ilgili suçları işleyenlerin yakalanmasının en zor adli vaka olduğu herkes tarafından kabul edilir. Telif Hakkı (Copyright) Kanunu, Haberlerle ilgili Kanun, halkın birbirinden Nefret Etmesini Önleme Amacını Güden Kanun ve Adil Bir Yargılama Yapılmasını Sağlamaya Yönelik Kanunlar bilgisayar ile ilgili suçları önleme amacındadır, fakat Johnson'un işareti ettiği gibi "bu kanunlar farklı özelliğe sahip olduklarından dolayı, hukuk bu tip suçları önlemede zorluk çekmektedir, ancak mevcut hukuk yapısına adapte edilecek kurallar vasıtasıyla bu tip suçlarla başedilir (Carataga, s.50).

Kanun uygulayıcıları temel haklardan vazgeçmeden bilgisayar suçlarını önleme-

de güçlüklerle karşılaşmaktadır. Kapor'un belirttiği gibi "bilgisayar suçlarını önlemek için genel ve muğlak kanunlar ile yalnızca bilgisayar suçlarını kapsayan denenmemiş kanunlar yürürlüğe sokulmamalıdır". Kapor'un düşüncesine katılmamaya imkan yoktur. Eğer bir suç işlenirken bilgisayar suç aleti olarak kullanılıyorsa bu durumda mesela bir bıçak ile bilgisayar arasında bir fark yoktur. Kapor şu görüşünü ortaya koyduğunda isabetli idi "Bilgisayar ile ilgili suçlardaki boşlukların doldurulması için mevcut kanunları tamamen değiştirmek yerine, ancak mevcut kuralların yenilenmesi ve bilinen hukuk prensiplerinin kurulması ile bir sonuca ulaşılabilir..."

Sonuç olarak **bilgisayar suçu** ibaresini kullanmada bir doğruluk yoktur. Eğer bir kimse bıçakla suç işlese nasıl biz bu durumu bıçak suçu olarak adlandıramıyorsak aynı şey burada da geçerlidir, eğer bir kimse bilgisayar ile bir suç işlese biz onu bilgisayar suçu olarak adlandıramayız, bilgisayar vasıtası ile işlenen suçlar diyebiliriz. Bu durumda bilgisayar sadece bir suç aleti olarak kullanılmış olur.

Bilgisayarla ilgili suçlar çözümlenmelidir, aksi takdirde Stephens'in belirttiği gibi bir bilgisayar korsanının "Bilgisayar korsanları (Hacker) bilgisayarı severler ve İnternet'in kendileri açısından güvenli olmasını isterler" (s.24) şeklindeki sloganı sürüp gidecektir.

— oOo —

KAYNAKÇA

- Carataga, Warren. Crime in cybercity. **Mclean's**, May 22, 1995, s.50
 Kapor, Mitchell, A little perspective please. **Forbes**, June 21 1993, s.106
 Meyer, Michael. Stop! Cyperthief" **Newsweek**, Feb 6 1995, s.36
 Stephens, Gene. Crime in cyperspace. **The Futurist**, Sept-Oct 1995, s.24
 Stix, Gray. Making money. **Scientific American**. March, 1994 s.102
 Wroblewski, M.Henry and Hess, M.Karen. **Introduction to Law enforcement and Criminal Justice**.
 Third edition, West Publishing Company, 1990

ABSTRACT

Computer-related crimes are growing enormously. In as much as the use of computers and growing popularity of international networks such as Inter increases the vulnerability of computer users to commit criminal activities. Computer-related crime is not a single country's problem, it is a problem of humankind. When the humankind are taking the measures against computer-related crime, they should not compromise basic human rights. If somebody commit a crime with a knife and in this case we cannot call it is a knife crime, the something will occur. If somebody commit a crime with a computer, we should not call it is a computer crime, because computer is used just only a crime tool. Computer-related crimes shall be solved, otherwise, one hacker's sentence will continue: Hackers love computer and they want the net safe.

NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU
VE
KUSURSUZ SORUMLULUK

Dr. Bilal KARTAL (*)

ANLATIM DÜZENİ: A—Genel Olarak Sorumluluk. B—Kusursuz Sorumluluğun İlkeleri. Zarara Neden Olma İlkesi. II—Objektif özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi.III—Yasa İle Düzenlenen Kusursuz Sorumluluk Halleri. IV—Kusursuz Sorumlulukta Sorumlu Tutulmamanın Koşulları.1—Mücbir Sebep.2—Zarar Görenin Tam Kusuru.3—Üçüncü Kişinin Kusuru. C—Noterlerin Hukuki Sorumluluğu.1—Noterlerin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği.1—Noterin Hukuki Sorumluluğunun Unsurları. a—Noterin Veya Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişilerin Görevleriyle İlgili Bir Eylemleri Olmalıdır. b—Bir Zarar Bulunmalıdır.c— Eylem Hukuka Aykırı Olmalıdır. d—Zararla Eylem Arasında Uygun İliyet Bağı Bulunmalıdır.e—Kusurun Bulunması Bir Koşul Olarak Zorunlu Değildir.2—Sorumluluğun Hukuki Niteliği. II—Noterlerin Üçüncü Kişiye Veya Çalışana Rücu Etmesi.Bazı Somut Olaylarla İlgili Açıklamalar. Önemli Gördüğümüz Bazı Notlar.

A— GENEL OLARAK SORUMLULUK

Hukuki sorumluluk, bir kimseye kusurlu bir eylem sonucu verilen zararın giderilmesi olarak tanımlanabilir. Sorumluluğun nedeni kusura dayanır. Diğer bir anlatımla, kusur varsa sorumluluk da vardır, kusur yoksa sorumlulukta yoktur. Zararı gidermekle yükümlü olanın kusurlu olması Sorumluluk Hukukunun genel bir ilkesidir. Bu ilke son derece yerindedir. Aksi halde, illiyet bağı kurulmasın diye ya hiç kimse bir girişimde bulunmayacak , ya da nasıl olsa sorumluyum diye gerekli özeni göstermeyecektir. Bu nedenle sorumluluk bir borç kaynağı olup, zarar veren yani borçlu , zarar görene/ borçluya vermiş olduğu zararı gidermekle yükümlü olacaktır.Ancak bunun için önce o kimsenin sorumlu olduğunun tespiti gerekmektedir.

Geniş anlamda sorumluluk, kusurlu sorumluluk ile birlikte kusursuz sorumluluğu da kapsar. Dar anlamda sorumluluk ise, sadece kusura dayanan sorumluluğu ifade eder.

Yasal düzenleme itibarıyla, kusurlu sorumluluğun dayanağı Borçlar Kanunu'nun

(*) Yargıtay 4. HD. Başkanı

41.maddesidir. Anılan maddede kusurun unsurlarının kast, ihmal, özensizlik, tedbir-sizlik ve hukuka aykırılık olarak yer aldığı görülmektedir. Açıklanan şu düzenleniş bi-çiminden de anlaşılacağı üzere kusuru, bir kimsenin hukuk düzeninin öngördüğü bi-çimde hareket etmesi gerekirken somut olaydaki gibi davranması olarak tanımlıya-biliriz. Veya herkes tarafından kınanan bir davranış olduğuda ifade edilebilir.

Sorumluluk Hukukunun ve özellikle Borçlar Hukukunun temel yapısı itibariyle sorumluluk için kusurun şart olduğunu görmekteyiz. Ne var ki kusurlu sorumluluğun şart kılınması nedeniyle bazı durumlarda kusurun kanıtlanmasındaki güçlükten do-layı zarar görenin zararının karşılanmadığını görmekteyiz. Bunun sonucu olarak da sorumluluk için kusurun bir koşul olarak aranmasının zararın giderilmesinde güçlük-ler yarattığı görülmektedir. Bunun nedenide sanayiinin gelişmesi, taşıt araçlarının yüksek bir teknik düzeye ulaşması, yeni enerji kaynaklarından bulunması ve iletişim araçlarının genişlemesinden kaynaklanmıştır. Bu tür faaliyet sahipleri, tehlike yara-tacak bir işin sahibi olmakla birlikte büyük kazançlarda elde etmektedirler. En küçük bir özensizlik , büyük zararlar doğurmaktadır. Bunun sonucunda da zarar verenin kusuru bulunmasada sorumlu olmasının hak ve adalete daha uygun olacağı gereği ortaya çıkmış olmaktadır. Böylece zamanla, kusurlu sorumluluğun yanında , kusur-suz sorumluluk halleri olarak bazı sorumluluk çeşitlerinin kabul edilmesi gereği ken-dini göstermektedir. Neden olarak da zarar verenin özel durumundan dolayı kusu-runun kanıtlanmasındaki zorluklar, zararın çok büyük olması, büyük kazançların sağlanması, zarar verenin hakimiyet alanına girilmesindeki olanaksızlıklara dayanıl-mıştır. Tüm bu gerçeklere karşın , yine sorumluluk için kusur aransaydı, haksız ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdı.

Ortaya çıkan bu düşünce ve değer yargısına karşın kusurlu sorumluluktan vaz-geçilmemiştir. Yine sorumluluk deyince, kusurlu sorumluluğun amaçlandığı kabul edilmelidir. Ne var ki bu temel kusurlu sorumluluk yanında, bazı özel ve ayrıcalıklı durumlarda zarar verenin kusuru olmasada, sorumlu tutulması gerektiğinin uygun olacağı kabul edilmiştir. İşte bu aşamada hangi durumların kusursuz sorumluluk kapsamına alınması gerektiği sorunu kendini göstermiştir. Bunun içinde, temel so-rumluluğun kusurlu sorumluluk olması, kusursuz sorumluluğunda istisnai durumları kapsaması nedeniyle, ancak yasanın düzenlediği durumlarda kabul edilmesi gerek-tiği sonucuna varılmıştır. Aksi halde, hangi durumda kusurlu sorumluluğun, hangi-sinde kusursuz sorumluluğun var olduğunun saptanması ve uygulanması sorun yaratıp keyfiliğe neden olabilirdi. Bundan dolayıdır ki, yine ana ve genel olan kusur-lu sorumluluk olmakta, ancak özel ve yasanın düzenleme yaptığı durumlarda kusur-suz sorumluluk halleri kabul edilmektedir. Böylece kusursuz sorumluluk hallerinin de olabileceği kabul edilince, hangi hallerin kusursuz sorumluluk olarak kabul edil-

mesi gerektiği düşüncesi ortaya çıkmış olmaktadır.

Bunun içinde, önce bazı ilkelerin belirlenmesi gerekiyordu.

B. KUSURSUZ SORUMLULUĞUN İLKELERİ

I. Zarara neden olma ilkesi

Bununla amaçlanan şudur. Eğer bir kimse zarara neden olmuşsa, onu karşılaması gerektiği ilkesine dayanıyordu. Buna “sebeplilik” da denebilir. Böyle bir sonuca varılmasının nedeni olarak:

- Yarar ile zarar arasındaki dengenin gözetilmesinin gerektiği,
- Yapılan işin tehlike veya özel bir tehlike yaratma düşüncesi,
- Hakkaniyet düşüncesi,
- Egemenlik alanı düşüncesi,
- Hukuka aykırılık düşüncesi,

gibi olgular ölçü ve temel olarak alınmıştır.

II- Objektif özen yükümlüğünün yerine getirilememesi

Burada ölçü olarak, sorumlu kişinin özel durumu, akli dengesi gözetilmeden, objektif ölçüler itibarıyla, belli bir standarttaki kişi ölçü olarak alınmıştır. Her somut olayda ölçü olarak kabul edilen bu düzey, olayın özelliği, yapılan işin niteliğine göre farklılık gösterebilir. İşte bundan dolayıdır ki, zarar verenin, belirlenen düzeydeki bir kişi gibi hareket etmesi gerekmektedir. O standartta ulaşmadığı durumlarda sorumlu tutulmuştur. İşte bundan dolayı kusursuz sorumluluğa bazı durumlarda “objektif sorumluluk” adının verilmesinin nedeni bundan kaynaklanmaktadır.

Yapılan şu açıklamaya göre kusura dayanmayan sorumlulukta kusurun varlığı, bir koşul olarak aranmamaktadır. Diğer bir anlatımla, zarar veren kusurlu olmasada sorumlu tutulabilmektedir. Halbuki genel sorumluluk ilkelerine göre bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için, zarar, hukuka aykırılık ve zararlar hukuka aykırı olan eylem arasında uygun illiyet bağı ile birlikte kusurun bulunması gerekmektedir. Kusursuz sorumlulukta bu sonkoşul olan “koşul”un varlığı aranmamaktadır. Daha doğru bir anlatımla, zarar gören, zarar verenin kusurunu kanıtlamak yükümlülüğü altında değildir. Burada “Medeni Kanun’un 6. maddesinin ayrık bir durumu ile karşılaşmaktayız. İddia sahibi, kusuru kanıtlamakta yükümlü tutulmamaktadır. Tabii ki, zarar verenin kusuru varsa, bu onun sorumlu olamayacağı anlamına gelmeyeceği gibi, zarar görenin bunu ileri sürmesinde hiçbir hukuki engelde bulunmamaktadır. Ancak böyle bir

durumda zarar verenin sorumluluktan kurtulması güçleştiği gibi, zarar kapsamının belirlenmesine de etkili olmaktadır.

Uygulamada kusursuz sorumlunun, kusurunun bulunması durumundaki bu kusuruna "ek kusur" adı verilmektedir. Böyle bir deyimın yerinde kullanılmadığını belirtmek isterim. Aksi halde, sanki zarar veren zaten kusurlu kabul edilmişse, bir de ilave kusuru varmış gibi bir sonuçla bizi karşı karşıya bırakmaktadır. Bu bakımdan böyle bir tabir yerine, "**kaldiki zarar verenin kusurunun da bulunduğu**" belirtilmesi ile yetinilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyim.

III-Yasa ile düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri

- Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğu (2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasasının 85. Maddesinde Düzenlenmiştir).

- Devletin Manevra ve Atışlar Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararlardan Doğan Sorumluluğu (Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun 62. Maddesinde Düzenlenmiştir).

- Petrol Hakkı Sahibinin Petrolün İşlenmesinden Doğan Sorumluluğu (6326 Sayılı Petrol Kanununun 86. Maddesine 1702 Sayılı Yasa ile Eklenen 2. Fıkrasında Yer Almıştır).

- Tapu Sicilinin Tutulmasından Dolayı Devletin Sorumluluğu (Medeni Kanunun 917. Maddesinde Düzenlenmiştir).

- Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (Borçlar Kanununun 55 ve 100. Maddelerinde Düzenlenmiştir).

- Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (Borçlar Kanununun 56. Maddesinde Yer Almıştır).

- Aile Başkanının Sorumluluğu (Medeni Kanunun 320. Maddesinde Düzenlenmiştir).

- Bina ve Tesis Sahibinin Sorumluluğu (Borçlar Kanununun 58. Maddesinde Düzenlenmiştir).

- Taşınmaz Sahibinin Sorumluluğu (Medeni Kanunun 656. Maddesinde Yer Almıştır).

- Sezgin Olmayanların (Temyiz Kudretinden Yoksun Olanların) Sorumluluğu (Medeni Kanunun 54. Maddesinde Yer Almıştır).

- Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğu (İcra İflas Kanununun 259. Maddesinde Düzenlenmiştir).

- İrat Senetleri Dolayısıyla Hazinesinin Sorumluluğu (Medeni Kanununun 819. Maddesinde düzenlenmiştir).

- Vasi ve Vesayet Daireleri Tarafından Ödenemiyen Zararlardan Devletin Sorumluluğu (Medeni Kanununun 410. Maddesinde Yer Almıştır).

- Noterlerin Sorumluluğu (1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesinde Yer Almıştır).

IV- Kusursuz sorumlulukta sorumlu tutulmamanın koşulları

Kusursuz sorumluluk hallerinde, zarar gören, zarar verenin kusurunu kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi, zarar veren de, kusursuzluğunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. Şu duruma göre, kusursuz sorumlu olanın, zararın hukuka aykırılığının ve arada illiyet bağının bulunması durumunda, mutlaka sorumlu olacağı sonucu çıkarılamaz. Sorumluluk Hukukunun genel ilkeleri uyarınca, meydana gelen zararlar hukuka aykırı eylem arasında illiyet bağının kesilmesi durumunda, sorumlulukta ortadan kalkmaktadır. Burada sorumluluğu ortadan kaldıran öge, illiyetin kesilmiş olmasıdır. Illiyet bağında, zarar verenin eyleminin dışında, başka bir eylemin veya olgunun var olması ile sonuç doğurmaktadır. Bunlar, mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusurudur.

1- Mücbir sebep

Olağanüstü bir hal olarak tanımlanabilir. Olay, sorumlu tutulması öngörülen kişinin çalışma veya işletme alanı dışında meydana gelmiş olmalı ve kaçınılması mümkün olmamalıdır. Açıklanan şu durumdan da anlaşıldığı üzere bir olayın mücbir bir olay sayılabilmesi için, herşeyden önce bir olayın meydana gelmesi gerekir. Bu olay doğadan kaynaklanacağı gibi, sosyal ve hukuki de olabilir. Ayrıca bu olay, zarar verenin çalışma ve işletme alanının dışında meydana gelmeli ve böylece harici bir nitelik taşımalıdır. Bunlardan ayrı olarak, meydana gelen olay nedeniyle zarar veren bir hukuk normuna aykırı davranmış olmalıdır. Tabii ki bu olay, önceden tahmin edilememiş olmalıdır. Burada öngörülemezlik, mücbir olay değil, onun yarattığı sonuçlardır.

Açıklanan mücbir sebebin varlığı halinde, zarar veren sorumluluktan kurtulur. Bunun nedeni, sorumluluk için diğer tüm koşulların var olmasına rağmen, zararlar hukuka aykırı eylem arasında uygun illiyet bağının kesilmesinden kaynaklanmaktadır.

2- Zarar Görenin Tam Kusuru

Zarar verici eylemin meydana gelmesinde zarar görenin tam kusuru varsa, za-

rar veren sorumlu tutulamıyacaktır. Zarar veren kusursuz sorumlu olsa da sonuç ay-
nıdır. Bunun için zarar görenin tam kusurlu olması şarttır. Eğer zarar gören tam ku-
surlu değilse, bu halde zarar veren, zarar görenin kusuru oranında sorumlu tutula-
mıyacaktır. Bu halde de zarar verenin sorumluluktan kurtulabilmesi için illiyet bağı
kesen olayın zarar görenin eyleminden kaynaklanması gerekir. Bu doğrudan doğru-
ya sonucu etkileyen bir olay olabileceği gibi, dolaylı bir olay da olabilir.

3- Üçüncü Kişinin Kusuru

Bu halde de, zarar verenin sorumlu tutulmaması için, üçüncü kişinin kusurunun,
illiyet bağı kesecek yoğunlukta olması gerekir. Eğer zarar verenin üçüncü kişi ile
birlikte kısmen de olsa kusuru varsa, ikisi de kusurları oranında sorumlu tutulurlar.
Zarar gören dilerse zincirleme sorumluluk kuralları uyarınca zararını birinden veya
her ikisinden veyahutta kusurları oranında ikisinden isteyebilir. Bu halde illiyet bağı
kesilmiş olmaz.

Burada sözü edilen üçüncü kişiden amaç, zarar verdiği iddia edilen kişi ile ara-
larında hukuki bir ilişki bulunmayan kimsedir. diğeri bir anlatımla, zarar verenle üçün-
cü kişi arasında bir sözleşme varsa, bu halde zararın, sorumlu kişinin çalıştırdığı, ve-
ya ona bağlı olan kimse tarafından meydana getirildiği kabul edilerek, üçüncü kişinin
eyleminden sorumluluk ilkesi uyarınca, illiyet bağı kesilmiş olmaz ve sorumluluk de-
vam eder. Özellikle Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan adam çalıştıranın
sorumluluğu ve Medeni Kanun'un 320. maddesindeki aile başkanının sorumlulukla-
rı bu niteliktedir.

Açıklanan bu üç halden birinin varlığı halinde zarar veren sorumluluktan kurtu-
lacaktır. Bu hallerden birinin varlığını zarar verenin kanıtlaması gerekir.

C- NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Noterlik Yasasının 1. maddesinde, **“Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler hu-
kuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işletmeleri belgelen-
dirir ve kamu kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar.”** kuralı yer almış bu-
lunmaktadır. Noterliğin bir kamu hizmeti olduğunu belirten bu kural, aynı zamanda
noterin görev ve yetkilerini de düzenlemektedir

Açıklanan bu tanıma göre noterler, hukuki güvenliği sağlamak, uyuşmazlıkları
önlemek için işlemleri belgelendiren kurumlar olarak toplum yaşamında önemli bir
görevi yerine getirmektedirler. İşte bu önemli yetkileri ve işlevleri nedeniyle sorum-
luluklarının da bu yetkilere paralel biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.

Noter ve noterlik hemen her ülkede var olan önemli ve güvenilir bir kurum ola-

rak faaliyet göstermektedir. İşlevleri benzerlik taşımakla birlikte bazı ülkelerde serbest meslek olarak, bazılarında ise devlet memuru statüsünde bir nitelik görünümündedir.

Noterlik Yasasında, Noterliğin bir kamu hizmeti olduğu belirtilmekle beraber noterin, bir devlet memuru olarak kabulü öngörülmemiştir. Diğer bir anlatımla noterin yaptığı iş, bir kamu hizmetidir. Noter, yaptığı işte, kamunun yararını kar amacının önünde ve üstünde tutmak zorundadır. Bundan dolayı da noterin yapacağı işler son derece sıkı kurallara bağlamışlardır. Hatta noterlerin noterlik görevi dışında hiç bir iş yapamayacakları da hüküm altına alınmıştır. Ancak bir kaç iş (ki bunlar genellikle bilirkişilik ve hayır işleri gibi konuları kapsar) ayırık tutulmuştur (**Madde 50**).

Noterlerin genel olarak yapacakları işler, genel bir ilke niteliğinde N.K. 'nun 60.maddesinde belirtildikten başka, ne gibi işlemlerin hangi biçimde yapılması gerektiği de aynı yasada (mad. 89) düzenlenmiştir.

Yine son derece kapsamlı ve pekçok ayrıntıyı içeren 1512 sayılı Noterlik Yasasının noterlerin, atanması için gerekli olan yeterlilikten, atanma ve çalışma koşullarına kadar herşeyi bir disiplin altına almıştır. Bu kapsamda noterlerin cezai ve hukuki sorumlulukları da düzenlenmiştir. Noterler hakkında cezai soruşturmanın açılması, Adalet Bakanlığının iznine bağlı tutulmuştur.

Noterlerin yaptıkları işlerden dolayı zarara uğrayanlara karşı sorumluluklarının nitelik ve kapsamı da yasada yer almıştır.

1512 sayılı Noterlik Yasası ile yürürlükten kaldırılan 3456 sayılı Noterlik Yasasının 64. maddesinde "İşlenen yolsuzluklar istihdam ettiği memurlar tarafından yapılmış olsa bile ve eksik yapılmasından dolayı zarar gören alakalılara karşı mali mesuliyetleri vardır." kuralı yer almıştır. Kötü bir biçimde kaleme alınan maddenin bu düzenleniş biçimine göre işin hatalı ve eksik yapılmasından veya yapılmamasından dolayı iş, çalıştırdığı kişilerce de yapılırsa yine noterin sorumlu olacağı ifade edilmek istenmiştir.

Anılan bu maddenin benzerinin 1512 sayılı Noterlik Yasasının 162. maddesinde de yer aldığını görmekteyiz. Ancak buradan noterin çalıştırdığı kişilerin kimlerden ibaret olduğu sayılmış ve zararın bunların kusurlarından doğması durumunda onlara rücu edileceği eklemiştir. Aslında eski Noterlik Yasasının 64. maddesi ile 1512 sayılı Noterlik Yasasının 162. maddesi arasında yasal düzenleme bakımından bir farklılık görmemekteyim. 162. maddede de noterlikte çalışanlar sayılmak suretiyle sıfatlarının belirtilmiş olması bu belirtmenin sınırlı olmadığı kabulü zorunludur. Aksi halde, noterlikte çalışan başkatip, temizlikçi, odacı gibi kişilerin sorumluluk kapsamı dışında tutulduğu düşünülebilir ki, bunun kabulü doğru değildir. Ayrıca, noterin zarar

veren personeline rücu edebileceğinin madde de yer almış olmasının, sorumluluk hukuku kuralları gözetildiğinde, bir tekrardan ibaret olduğu, yasada yer almamış olsa dahi Borçlar Yasasındaki genel hükümler uyarınca da rücu edilebileceği kabul edilmelidir.

I- Noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliği

Yukarıya aktarılan gerek eski Noterlik Yasasınının 64. maddesi ve gerekse 1512 sayılı yasanın 162. maddesindeki düzenlemeye göre noterlerin kusursuz sorumlu olduklarını görmekteyiz. Çünkü maddenin düzenleniş biçimi itibariyle kusurdan söz edilmemiştir.

Noterlerin kusurları olmasa da sorumlu tutulmalarının yaptıkları işin kapsam ve niteliğinden doğduğunu kabul etmek gerekir. Noterin yaptığı herhangi bir işin hatalı veya eksik olmasından dolayı büyük zararlar meydana gelebilir. Ayrıca noterler iş sahiplerine güvence veren birer kurum özelliğini de taşımaktadırlar. İş sahibi noterde yaptırdığı bir işin eksiksiz olduğunu güven ve rahatlığı için de bulunduğunu düşünmektedir. İşte yasa koyucu bu olguları da esas almak suretiyle noterlerin gerek bizzat ve gerekse çalıştırdığı kimselerin yaptıkları işlerden dolayı iş sahiplerinin veya üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı kusursuz sorumlu olduklarını kabul etmiştir. Böylece Borçlar Hukukunda ve diğer özel yasalarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerine bir yenisinin eklenmiş olduğunu görmekteyiz.

1- Noterin hukuki sorumluluğunun unsurları

Noterlik Yasasınının 162. maddesindeki unsurları şöyle sıralayabiliriz.

a) *Noterin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin görevleriyle ilgili bir eylemleri olmalıdır.*

Noterin sorumluluğu için yapılan işin noterlik faaliyetleri ile ilgili olması gerekmektedir. Noterin veya yanında çalışanların, noterlik faaliyeti ile ilgili olmayan davranış veya işlemlerinden dolayı meydana gelecek zararlardan sorumluluk, genel hükümlerdeki kurallara göre belirlenecektir. Örneğin noterliğin bulunduğu iş yerinde bir tamir veya temizlik işinin yapılması sırasında üçüncü kişilere verilen bir zarardan dolayı sorumluluk genel hükümler uyarınca belirlenecektir.

Yine sorumluluk için yasada da belirlendiği üzere işin, "...hatalı veya eksik yapılması" gerekir. Örneğin, düzenleme biçiminde yapılması gereken işin, imza onayı şeklinde yapılması, kefilin sorumlu olduğu miktarın belirlenmemesi veya kimliklerin yanlış alınması, gibi olabilir.

Diğer bir halde, yapılması gereken bir işin yapılmaması gibi olumsuz bir davranış biçiminde kendini gösterebilir. Örneğin ödeme protestosunun keşide edilmeme-

si, tebliği gereken bir belgenin tebliğe çıkarılmaması veya tebliğe geç verilerek bu yüzden zararın doğmasına neden olmasıdır. Hatta noterin görevleri arasında yer alan bir tesbit işlemini yapmamak veya kongre tesbit işlemlerine davete rağmen gidilmemesi de hatalı bir davranıştır.

b) Bir zarar bulunmalıdır

Gerek kusurlu, gerekse kusursuz sorumlulukta olsun, zararın varlığı şarttır. Zaten zarar olmadan sorumluluktan da söz edilemez. Zarar hukuka aykırı eylem nedeniyle mal varlığındaki eksilmedir. Diğer bir anlatımla, olaydan sonra kişinin mal varlığının aktifinde bir azalma, pasifinde bir çoğalma olmuşsa aradaki fark zararı oluşturur.

Ne var ki bazı durumlarda hukuka aykırı bir eylemin varlığına rağmen zarar oluşmamış olabilir. Örneğin, gerek Noterlik yasasında (MK. mad. 89) ve gerekse MK.nun hükümlerinde (MD. mad. 256) evlatlık sözleşmesinin düzenleme biçiminde yapılması öngörülmüştür. Sözleşme, belirtilen biçimde yapılmamış olmasına karşın, yanlar sağlıklarında uzun süre kendi edimlerini yerine getirmişlerse, ölümlerinden sonra mirasçılardan şekil sorununu ileri sürmeleri objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğundan sözleşmenin iptali yoluna gidilemez. Böylece noterlerin hatalı davranışına rağmen zarar doğmadığından sorumlulukta söz konusu olmayacaktır.

c) Eylem hukuka aykırı olmalıdır

Zarar doğrudan eylem, hukuka aykırı değilse sorumluluktan sözedilemez. Hukuka aykırılıktan amaç, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek için belirli bir davranışı öngören kurala veya kuralara uyulmamasıdır. Diğer bir anlatımla hukuki varlık ve yararları korumak amacı ile konulmuş emir ve yasakların çiğnenmesi olarak da tanımlıyabiliriz.

Noterlerin veya çalıştırdığı kimselerin hukuka aykırılığı, bunların görevlerini yerine getirmede ki olumsuz hareket etmesi gibi subjektif değil, kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırılık biçiminde ve tamamen objektif anlamdadır. Bu bağlamda, uyulmayan kuralın genel veya çalıştırılan kimseye verilmiş özel bir talimata aykırı davranılması değildir. Çünkü, noterlerin veya çalışanın subjektif özensizliği sonucu etkili olmaz. Buradaki sorumluluk kusura dayanmayan bir objektif sorumluluktur.

Somut olay itibarıyla her hukuka aykırı eylem sorumluluğu gerektirmeyebilir. Örneğin, noterlikçe düzenlenen sahte vekaletname ile vekile verilen yetkilerin dışında bu vekaletname başka bir işte kullanılmışsa, noter hukuka aykırı bir işlem yapmış olmasına rağmen zararlı hukuka aykırı olan işlem arasında uygun illiyet bağı bulunmadığından noter sorumlu tutulamaz. Belirtilen şu duruma göre noterin yaptığı

ği işlem hukuka aykırı olduğu halde zarar bu nedenden doğmamıştır. Bundan dolayı da noterin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

d) *Zararla eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.*

Bununla belirtilmek istenen noterin veya çalıştırdığı kişilerin yaptığı noterlik işlemlerinden dolayı zararın doğmuş olmasıdır. Uygun illiyet bağı yaşam deneyleri itibariyle belli olayların belli sonuçları doğurmasıdır. Zararlı sonuç pek çok nedenden ileri gelmişse bunlardan zararlı sonucu meydana getirenin en uygun olması gerekir.

Zararlı sonucu meydana getiren uygun neden, bir işin yapılmasından doğmuş olabileceği gibi yapılmamasından veya eksik yapılmasından da doğmuş olabilir.

e) *Kusurun bulunması bir koşul olarak zorunlu değildir.*

Daha önce kusursuz sorumlulukla ilgili olarak yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, noterin sorumlu tutulabilmesi için zararın oluşumunda kusurlu olması koşulu aranmamaktadır. Bu ilke Noterlik Yasasının 162. maddesinde yer almış olup, genel sorumluluk ilkesinden ayrılmaktadır. Diğer bir anlatımla genel sorumluluk durumunda, zarar verenin kusurlu olması koşulunun varlığı zorunlu iken, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olan noterin, kusurunun bulunmaması, onu sorumluluktan kurtarmıyacaktır. Açıklanan bu ilkeye ve yasal düzenleme noterin kusurunun varlığı halinde sorumluluğunu önlemiş olmaz. Kusurlu olması zarar kapsamının belirlenmesine etken olur. Bu bağlamda, yasal olarak kusursuz sorumlu olan noterin kusurunun bulunması, daha fazla tazminatla sorumlu tutulması sonucunu doğuracaktır.

Noterin, hukuki sorumluluğu için işi bizzat yapması ile çalıştırdığı kişiler eliyle yapılmasında bir farklılık yoktur. Ancak işi bizzat yaptığı zaman o eylem aynı zamanda cezai sorumluluğu da gerektiriyorsa, ceza yasaları uyarınca hükümlülüğü yoluna da gidilebilecektir. Aksi halde cezai sorumluluk, işi bizzat yapan kimseye ait olacaktır.

2- Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalı olmakla beraber, BK.nun 386/2. maddesindeki genel düzenlemede gözetilerek bunun bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir. Noterin kamu görevini yapması onun üçüncü kişi ile arasındaki ilişkinin bir özel hukuk kuralına bağlanmasına engel teşkil etmez. Bu ilişkinin niteliği zamanaşımı ve yükümlülüklerin kapsamı bakımından önem taşır. Bundan dolayı da doğru olarak belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

Noter ile üçüncü kişi, yani zarar gören arasındaki ilişkiye gelince, bu haksız eylem hukuki ilişkisine dayanan bir nitelik taşır. Üçüncü kişiden amaç, iş sahibi olma-

yan ancak noterin yaptığı işten dolayı zarara uğrayan kimse amaçlanmıştır. Bundan dolayı da buradaki zamanaşımı haksız eylem zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve noterin sorumluluğunu gerektiren durumlar bu halde görülmektedir. Bu durumda, noter işi bizzat yapmışsa doğrudan doğruya, eğer iş çalıştırdığı kişiler eliyle yapılmışsa BK.nun 55. maddesi uyarınca çalıştıran kimse olarak sorumlu olacaktır. Bk.nun 55. maddesine göre noter başkasının eyleminden sorumlu tutulmaktadır. Çalıştırdığı kişinin kusuru olsa dahi noterin birinci derecede sorumlu tutulması ortadan kalkmayacaktır. Zarar varsa, çalışanın kusuru olmasa da yine noter sorumlu olacaktır.

BK.'nun 55. maddesindeki düzenleme itibariyle çalıştıran çalıştırdığı kişiyi seçmede talimat vermede ve denetimde halin gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini veya göstermiş olsaydı dahi yine zararın doğumuna engel olunamayacağını kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Ne var ki, noterle çalışan arasındaki ilişki BK.nun 55. maddesine uygun bir paralellik taşımaya karşın noter, yukarıya aldığı- mız olguları kanıtlaya dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. İşte burada noter için Noterlik Yasasının 162. maddesindeki düzenleme biçimi itibariyle BK.nun 55. maddesinden daha ağır bir sorumluluk biçiminin öngörüldüğünü görmekteyiz. Diğer bir anlatımla noter, BK.nun 55. maddesindeki kurtuluş hallerini kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamayacaktır. Kurtulması için zararlı eylem arasındaki illiyet bağının kesildiğini kanıtlaması gerekir. Bu da ancak mücbir bir nedenin varlığı veya üçüncü kişinin ağır kusuru veyahutta zarar görenin ağır kusurunun bulunması ile mümkün olacaktır. Bundan çıkan sonuca göre adam çalıştıranın da sorumluluğunun kusura dayanmamış olmasına karşın sorumluluktan kurtulması için getireceği kanıtlar ve başvuracağı yöntem noterin gerektireceği kanıtlara göre daha kolaydır. Adam çalıştıranın sorumluluğu bu niteliği itibariyle objektif bir sorumluluk özelliğini taşımaktadır. Noter ise, objektif sorumluluğun ötesinde daha farklı olguları ve bunları kanıtlamak suretiyle ancak sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu sonucun dayanağı yasa koyucunun BK.nun 55. maddesindeki özel kurtuluş kanıtları ile yetinmeyip daha ayrı olgulara dayanmasıdır. Yasa koyucu Noterlik Yasasının 162. maddesi ile genel nitelikteki kusursuz sorumluluk ilkeleri dışında özel bir kurtuluş kanıtı getirmemiştir.

Konuyu kapatmadan, BK.nun 100. maddesinin de irdelenmesinde yarar görmekteyim. BK.nun 100. maddesinde de bir kimsenin kusuru olmasa da, çalıştırdığı kişinin eyleminden sorumlu tutulması düzenlenmiştir. Bu özelliği itibariyle kısmen BK.nun 55. maddesine uygun bir paralellik taşımaktadır. Buna karşın iki madde arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Birincisi zarar görenle zarar veren arasında bir borç veya iş ilişkisinin bulunmasını öngörmektedir. BK.nun 55. maddesinde böyle bir ilişki yoktur. İkincisi BK.nun 100. maddesi uyarınca uğranılan zararın istenme-

si on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu halde, BK.nun 55. maddesine göre uğranılan zararın talebi genel zamanaşımı süresine tabi olup, bu da BK.nun 60. maddesinde düzenlenmiştir. Diğer bir fark da BK.nun 55. maddesindeki kurtuluş beyyinesinde objektif sorumluluk öngörüldüğü için çalıştıran seçmede, emir vermede ve denetimde gerekli özeni gösterdiğini kanıtlarsa, sorumluluktan kurtulmasına karşın BK.nun 100. maddesinde ise BK. 55. maddesindekilere ilaveten bir de işin kendisi tarafından yapılması halinde bile yine zararın doğmasına engel olunamayacağını kanıtlaması gerekecektir.

Şu açıklamalara göre eğer zarar gören noterde iş yaptıran iş sahibi ise BK.nun 100. maddesinin, üçüncü kişi ise aynı yasanın 55. maddesinin gözönünde tutulması gerekmektedir. Bu ayırım genellikle olaya uygulanacak zamanaşımı bakımından önem taşımaktadır. Yoksa sorumluluğun kanıtı bakımından bir ayrıcalık söz konusu olmamaktadır.

II- Noterlerin üçüncü kişiye veya çalışana rücu etmesi

Noter bizzat veya çalıştırdığı kişi tarafından yaptığı bir işten dolayı zarar görene ödediği tazminatı bu işlemten dolayı nedensiz zenginleşmiş bir kişi varsa ondan isteyebileceği gibi hukuka aykırı eylemin yapılmasına neden olan kişiden de rücu isteyebilir. Örneğin sahte vekaletname ile taşınmazı satılana ödediği tazminatı sahte vekaleti düzenlettirenden veya satış parasını haksız olarak alandan ayrı ayrı veya ikisinden dayanışmalı olarak isteyebilir. Bu tür rücu davası sorumlu tutulduğu tazminatı ödediği tarihten itibaren başka bir ilişkinin bulunmaması, durumunda BK.nun 60. maddesindeki genel zamanaşımı süresine tabidir. Ancak anılan maddedeki ceza zamanaşımı süresi sahte vekalet çıkararak için olay tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Noterin çalıştırdığı kişiye rücu etmesi durumuna gelince, çalışan yaptığı işten dolayı ancak BK.nun 41. maddesi gereğince sorumludur. Diğer bir anlatımla çalışanın sorumluluğu kusura dayanır. Çalışanın kusuru yoksa sorumluluğu da söz konusu olamaz. Çalışan kusuru oranında sorumlu tutulur. Bundan dolayıdır ki, noter, rücu davasında çalışanın kusurunu kanıtlamak zorundadır.

Noterlik Yasasınının 162. maddesinde, eski noterlik yasasından farklı olarak noterin çalışana rücu edebileceği düzenlenmiştir. Daha önce de belirttiğim üzere, böyle bir düzenleme, yasa tekniği bakımından gereklilik taşımamaktadır. Borçlar Hukukunun sorumluluğa ilişkin genel ilkeleri ve BK.nun rücu ile ilgili hükümleri zaten böyle bir sonucu öngörmektedir. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, yasa da sözü edilen "**personel**"in başkatip ve hizmetli gibi tüm çalışanları kapsadığıdır. Diğer bir önemli konu da noterin çalıştırdığı kişi ile arasındaki ilişki hizmet sözleşme-

si olduğundan bu sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Noterin çalışana karşı açtığı rücu davasında hüküm altına alınacak miktar, noterin ödediği tüm tazminatı kapsamayabilir. Nedeni de noterin zararın meydana gelmesinde bölüşük kusurunun bulunmasıdır. Örneğin noter çalışana uygun ve yeterli araç ve malzeme vermemişse onun yetişmesi için gerekli meslek içi eğitimi sağlamamışsa iş hacmi kadar personel çalıştırmıyorsa, gücünün üstünde çalışma süresi öngörmüşse, bu gibi durumlarda somut olayın özelliğine göre rücu tazminatında indirim yapılmalı veya tümünden de kaldırılmalıdır.

SONUÇ: İncelememizin başında, kusursuz sorumluluğu ve böyle bir sorumluluk türünün kabul edilebilirliğinin nedenleri üzerinde durduk. Gördük ki, bazı işlem ve eylemlerin yapılması veya yapılmaması nedeniyle zararın doğmuş olması durumunda zararın kusurdan ileri geldiğinin kanıtlanmasının çok güç hatta olanaksız olacağını saptadık. Bu gibi durumlarda, hiç kusuru olmayan zarar görenin bu zararla karşı karşıya kalmasının hukuka hak ve adalete uygun olmayacağı sonucuna vardık. Halbuki sorumluluk hukukunun genel ilkesi zarar göreni korumaktır. Eğer bu ilkeyi uygulayamazsak zarar gören korunamayacaktır.

Ayrıca kusursuz sorumlulukta zarar görenin tehlikeli işler yaptığı küçük bir özensizliğinin büyük zararlar doğurduğu, yaptığı işten de büyük yararlar sağladığı da işin doğasının bir sonucu olarak görünmektedir. Bir de zarar verenin çalışma alanına girilemediğinden, kusurun kanıtlanamayacağı da anlaşılmaktadır.

İşte noterin de bunlardan biri olduğu yaptığı işin de bu nitelikleri taşıdığı kabul edilmelidir. Noter güven veren bir kurumdur. İş sahiplerinin beyanlarını resmileştiren ve aksinin kanıtlanmasını güçleştiren hatta olanaksız hale getiren hukuki sonuçlar doğuracak belgelerin düzenlenmesi yetkisi ile donatılmıştır. Bu denli önemli bir işin yapılmasında yetkili kılınan noterlerin sorumluluklarının da bu düzenlemeye paralel olmasında hukuki bir yanılma olduğu düşünülmemelidir. Hukuk devletinde, hiç kimse hukuki sorumluluk dışında tutulmamıştır. Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Personel Yasasının 13. maddesi ile kamu görevlilerinin de sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Ne var ki işin hukuki olmayan yönü, zarar görenin öncelikle devlete başvurması biçimindeki düzenlemedir. Sonuçta kamu görevlisi de sorumlu tutulmaktadır. Farklı olan yönü bu sorumluluğun kusura dayanmış olmasıdır. Burada Devlet yine zarar görenin zararını ödemekte ancak memurun kusuru varsa ona rücu edebilmektedir.

Noterler, kamu görevi yapmakla beraber, kendi ad ve hesabına çalışan kişilerdir. Yaptıkları işin önemi açıktır. Bu konuda uzman kişilerdir. Bunların uzmanlığına inanan ve güvenen iş sahipleri yaptıkları işlerin tam ve sağlıklı oldukları konusunda kuşku duymamaktadırlar. İşin en küçük bir özensizlikle yapılması sonucu onarılmama-

sı güç, büyük zararlar ortaya çıkmaktadır. Hiç bir kurum ve kişiden talimat almıyan noterin uzmanlığının gereğini yerine getirmeme veya getirmemede bir zarar doğmuşsa bundan sorumlu olması doğaldır.

Yasal düzenleme itibariyle noterlerin kusursuz sorumlu oldukları bir olgu ise de uygulama da ve genellikle bir özensizlikleri nedeniyle zararın doğduğu görülmektedir. Fark, zarar gören bu özensizliği kanıtlamaktan kurtulmaktadır. Ancak Noter zararlar eylem arasında illiyet bağının bulunmadığını veya kesildiğini kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulmaktadır. Bundan dolayıdır ki, Noterlik Yasasının 162. maddesinin sağlıklı bir hukuki temele dayanmadığının ileri sürülmesi yerinde görülmemektedir.

BAZI SOMUT OLAYLARLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR

Örnek-1: Bir kamu bankasından destek kredisi alınacak. Bunun için istek sahibinden kefil istenir. Sonradan kefillerin imzalarının sahte olduğu anlaşılır. Banka' alacağı tahsil edemeyince kefillere baş vurur. Durum anlaşılınca Banka uğradığı zararı noter ve başkatipten dayanışmalı olarak ister. Bu istem kabul edilir ve Yargıtayca da onanır (4. HD. 14/5/1996 gün ve 1996/2202-4134).

(Not : Bu olayda davalı noter ve başkatipten ceza mahkemesinde mahkum da olmuşlardır).

Örnek-2: (A) adındaki iş sahibinin bankadaki mevduatını çekmesi için sözde (V)'yi vekil tayin etmiş gibi, sahte bir vekaletname yapılmıştır. Vekaletname daha önce dayanağı olmayan nüfus kaydına göre yapıldığı için (V) nin (A) nin nüfustaki bilgileri veya nüfus kaydını nasıl ele geçirdiği anlaşılammıştır. (V) vekaletnameyi aldıktan sonra yine sahte bir kimlikle bankaya müracaat eder ve (A)'nın hesabındaki parayı alır. Sonradan tüm işlemlerin sahte olduğunun anlaşılması üzerine (A)'nın parasını öder. Ancak bu kez de noter hakkında dava açar. Mahkemece verilen kararın gerekçesinde, noterin kusurlu bulunmadığı gerekçesi ile istem reddedilmiştir. **Noterler** kusursuz da olsalar sorumlu olduklarından, bu gerekçe doğru değilse de zararın oluşmasında üçüncü kişinin (V)'nin ağır kusuru nedeniyle illiyet bağı kesildiğinden karar gerekçe değiştirilerek onanmıştır.

ÖNEMLİ GÖRDÜĞÜMÜZ BAZI NOTLAR

- Noterin genel olarak yapacağı işler Noterlik Yasasının 60. ve devam eden maddelerinde sayılmıştır. Bu belirtmenin sınırlı olmadığı, örnek niteliğinde bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Diğer bir anlatımla, noterin belirtilen işler dışındaki işlemleri yapmayacağı anlamını taşımaz. BK.nun 19 ve devam eden maddelerinde belirttiği üzere yasaya ve ahlaka aykırı olmayan ve yanların özgür iradelerini içeren beyanlarını da belgelendirmelerinde hukuka aykırılık bulunmaz. Ayrıca noterler

yaptıkları işlemin hukuki özelliğini gözeterek o işlemi yasada öngörülen biçim koşulluna uygun olarak yapmaları gerekir. Örneğin bir satış vaadi, bir evlatlık sözleşmesi gibi noterlik yasasının 89. maddesinde sayılan ve diğer yasalarda öngörülen işlemleri düzenleme (resmi) biçiminde yapmaları gerekir. İş sahipleri böyle bir işin imza onayı biçiminde yapılmasını isteseler dahi, bundan kaçınılmalıdır. Kaçınmadıkları takdirde, iş sahibinin uğrayacağı zararı karşılamakla yükümlüdürler.

- Noterler yasaya ve ahlaka aykırı işlem yapamazlar. Noterler, yaptıkları işin bir gereği olarak tüm yasaları bilmekle yükümlüdürler. İş sahiplerinin karşılıklı iradelerini yansıtmış olsa dahi, ahlaka aykırı bir borçlanmayı veya suç teşkil eden bir beyanın belgelendirilmesini yapamazlar. Örneğin, nikahsız olarak birlikte yaşamayı öngören bir sözleşmeyi yapamayacakları gibi, muhataba suç teşkil eden bir ihtarnamenin gönderilmesine ilişkin olan bir işlemi de yapamazlar. Yine 3194 sayılı Yasanın 18. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere imar planı olmayan yerlerde arsaları özel parselasyona ayırarak satış vaadi sözleşmeleri yapamayacakları hükme bağlanmıştır.

- Satış vaadine konu olan taşınmazın müşterek veya iştirak halindeki mülkiyete konu olması durumunda da iştirakçilerden birinin yapacağı satış vaadi sözleşmesi ve bu sözleşmenin noterce tanzimi geçerlidir. Taşınmazın müşterek mülkiyete konu olması durumunda, sözleşmenin ifa edilme olanağı da olduğu için hiç bir hukuki sakınca bulunmamaktadır. Noterin böyle bir taşınmazla ilgili olarak satış vaadine konu olan yer için de sözleşme yapması yasaya uygun ve geçerlidir. Noterin böyle bir sözleşme yapmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır. İştirak halinde ki bir taşınmazla ilgili olarak satış vaadi yapan noterin de bu yüzden sorumluluğu yoluna gidilemez. İştirak çözümlenmediği sürece sözleşme ayakta kalır. Sorun iştirak halinde mülkiyete konu olan taşınmazla ilgili olarak yapılan satış vaadi sözleşmesinde iştirak çözümlenmeden ifa olanağı olmasıdır. Eğer sözleşme iştirakçiler arasında ise, hem geçerlidir ve hem de iştirak bozulmayacağından ifa olanağı da vardır. Ayrıca taşınmazın iştirak veya müşterek mülkiyet konusu olması durumunda yapılacak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de paydaşlardan biri sözleşmeyi düzenleyip satış vaadinde bulunabilir. Bu geçerlidir. İfa olanağına gelince iş sahibinin diğer paydaşlarla da sözleşme yapması ile mümkün olacaktır. Aksi halde ruhsat alınamayacağından işe başlama olanağı olmayacaktır. Şunu belirtiyim sözleşmenin geçerli olması başka şey, ifa edilebilirliği başka şeydir. Noterlerin görevi sözleşmeyi geçerli olacak biçimde düzenlemektir.

NOT: Bu açıklamayı sayın Celal Kazak'ın 29/11/1996 günü verdiği tebliğ sırasında ortaya çıkan duraksamaları açıklığa kavuşturmak ve gidermek için vermiş bulunuyorum.

*Yine satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken taraflar sunmamış-

larsa veya yerde kat irtifakı kurulmamışsa, hatta bir yapı projesi de sunulmamışsa, muhtemelen taşınmazın üzerine yapılacak yapının yüzde şu kadarının yükleniciye şu kadar payın da iş sahibine ait olacağı biçiminde bir sözleşme yapılması uygundur ve geçerlidir. Böyle bir sözleşmenin ifa olanağı da vardır. Noterlerin yanların istemelerini kapsayan bu tür bir sözleşme yapmalarında yasal bir sakınca bulunmamaktadır.

*Noterin, yasalarda yapılan düzenlemeler dışında örneğin BK.nun 91. maddesinde sözü geçen emanet parasını saklama yetkisi ve görevi yoktur. Bu bağlamda kiraliyanın kira bedelini almamakta direnmesi durumunda, tevdi yeri olarak noterin bu parayı kabul etmesi yasal değildir.

*Noterde düzenlenecek kefalet senedinde BK.nun 484. maddesinde belirtildiği üzere kefil olunan miktarın açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi halde bu yüzden doğacak zarardan noter sorumlu olacaktır.

*Noter alacaklının alacağını üçüncü kişiye devretmesine ilişkin düzenlediği sözleşmeyi borçluya bildirmesi gerekir. Bunun nedeni borçlunun borcunu bilmeden veya bilerek devreden alacaklıya ödemesi durumunda devralanın uğrayacağı zararın giderilmemesi tehlikesinden doğmaktadır. Bu yükümlülük noterin, kendisi ile işlem yapanların emrine göre hareket etmesi değil, duruma göre üçüncü kişilerin de yararını koruması gereğinden doğmaktadır.

*Noterlerin yetki çevresi, Noterlik yasasının 2. maddesinde düzenlenmiştir. Noterlik yasasında ve diğer yasalarda yer alan bazı işlemlerin düzenleneceği yerlerin belirtildiği durumlarda buna aykırı davranılması o işlemi geçersiz kılacağından noterin sorumluluğuna gidilebilir. Örneğin MK.nun 688. maddesinde düzenlenen ve taşınırlarla ilgili olan mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılacak sözleşmenin alıcının oturduğu yerdeki noterlikce düzenlenmesi gerekir. Aynı durum;

- Karı-koca arasındaki mal rejimine ilişkin sözleşmelerde (MK. 237-240),
- Poliçelerle ilgili protesto işlemlerinde (TTK. 667-690),
- Halk Bankasından rehin karşılığı alınan makina ve teçhisatın karşılık tutulmasında bunların noterdeki sicil kaydına dair yapılan işlemler (Halk Bankası Kanunu Mad. 1) için de geçerlidir.

ARSA KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Kemal KAMBER (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I – Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Doğması İçin Gerekli Şartlar. a – Bağımsız Bölümler Teslim Edilmelidir. b – Bağımsız Bölümler Ayıplı Olmalıdır. c – Arsa Sahibi Muayene ve Ayıbı İhbar Kulfetlerini Vaktinde Yerine Getirmiş Olmalıdır. II – Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları. a – Ayıbı İhtiva Eden Bağımsız Bölümlerin Tamir ve İslahını İstemek. b – Ücretin İndirilmesi (Semenin Tenzili). III – Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Ortadan Kalkması ve Zamanaşımına Uğraması. a – Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasına İş Sahibinin Neden Olması. b – Arsa Sahibinin Ayıplı Bağımsız Bölümleri Kabul Etmesi. c – İş Sahibinin Ayıptan Doğan Alacağına Zamanaşımına Uğraması. Sonuç.

GİRİŞ

İnsanların çoğalması ile birlikte yeni mesken ve işyerlerine olan talep de artmıştır. Küçük yerleşim merkezlerindeki maddi imkanların kıtlığı insanları, yeni imkanlar aramağa yöneltmiştir. Bunun sonucu, nüfus şehirlerde yoğunlaşmağa başlamıştır. Şehirlerdeki bu nüfus yoğunlaşması, yeni mesken ve işyerleri yapımını hızlandırmıştır. Bu durum öncelikle üzerinde bina inşa edilecek arsanın fiyatını artırmıştır. Esasen yer yüzü aynı kaldığı halde nüfus miktarı ve yoğunluğu her an artmaktadır.

İnşaat maliyetleri içinde arsa bedeli büyük paya sahiptir. Müteahhitler, öz sermayelerinin büyük bir kısmını arsaya yatırmayı pek akılcı bulmadıklarından, arsa sahipleriyle belli bağımsız bölümlerin "satışı" şeklinde anlaşmaktadırlar. Borçlar hukukunda sözleşmeler sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir, yani sözleşmenin tarafları kural olarak "akit serbestisi" ilkesinden hareketle diledikleri konuda sözleşme düzenleyebilirler (BK. m. 19/1). İşte arsa karşılığı inşaat sözleşmeleri, tarafların konusunu serbestçe belirledikleri sözleşmelerden olup, Borçlar Kanununun özel hükümler kısmında düzenlenmiş "tip" sözleşmelerle benzemez. Sözleşme ile satım ve esere sözleşmeleri biraraya getirmekte, bu iki sözleşmeden; yeni, tek, bir bütün sözleşme meydana getirilmektedir. İş sahibinin asli edim yükümü, taşınmaz şatım sözleşmesinin belirgin özelliklerini taşıırken, müteahhidin asli edim yükümü, eser sözleşmesinin belirgin özelliklerini taşımaktadır.

(*) Doğanhisar Hâkimi.

Arsa karşılığı inşaat sözleşmeleri iş sahibinin müteahhide devredeceği arsa payları karşılığı, müteahhidin temin edeceği işçi, malzeme ve araç – gereçle iş sahibine ait arsa üzerinde bina inşa etme ve iş sahibine ait bağımsız bölümleri ona teslim etme borcu altına girdiği, rızai, tam iki taraflı karşılıklı, karma bir sözleşmedir. Yazıda müteahhidin ayıba karşı tekeffül – borcu üzerinde durulacak, konu Yargıtay İçtihadları da dikkate alınarak incelenecektir.

I. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Müteahhidin borcu, sözleşmeyle kararlaştırılan arsa sahibi (iş sahibi) ne ait kat, daire, büro, dükkan gibi kat mülkiyetine konu bağımsız bölümleri “yapma” ve “teslim borcu”dur (1). Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, bağımsız bölümleri teslim borcunun bir tamamlayıcısıdır. Teslim edilen bağımsız bölümler, müteahhidin vaad ve zikrettiği vasıfları ve sözleşmeyle öngörülen kullanım amaçlarına uygun özellikleri taşımalıdır. Bağımsız bölümlerin ayıplı olması, sözleşmeyle öngörülen vasıflarla, kullanım maksadına uygun olması için aranılan vasıflara bağlıdır. Ayıbın tesbiti için, aranılan vasıflarla, bağımsız bölümlerin fiillen taşımakta olduğu vasıfların karşılaştırılması gereklidir. Bu karşılaştırmada, iş sahibinin, sözleşmenin muhtevasına ve dürüstlük kurallarına göre nasıl bir “eser” beklemekte haklı sayılacağı esas alınmalıdır (2). Şayet yapılacak bina üzerindeki bağımsız bölümler, lüks olmayıp da, “sosyal mesken” türünde ise, iş sahibi, bunun karşılığını “ödemişse” artık müteahhiden lüks kalitede inşaat beklemek dürüstlük kuralına aykırı düşer.

Bağımsız bölümlerde aranılacak vasıfların sözleşmeyle veya şartnameyle açıkca kararlaştırılması mümkündür. Kararlaştırılan asgari kalitenin üzerine bir kalitenin eserde var olması halinde ayıptan söz edilemez (3). Meselâ, sözleşmeyle müteahhidin inşaatta ikinci sınıf kayın parkeden aşağı kalitede parke kullanmayacağı kararlaştırılmışken, müteahhit, birinci sınıf kayın parke kullanmışsa ayıp söz konusu olmaz.

Müteahhidin ayıbından (4) dolayı sorumluluğu için öncelikle bağımsız bölümlerin ifa maksadıyla teslim edilmiş olması gerekir. Teslim alınan ya da teslim alınmış

- (1) AYAZLI, Pervin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S.1, s. 43.
- (2) SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 137; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987, (TANDOĞAN, ÖBİ), s. 162.
- (3) Aksi görüş için bkz, GAUCH, Peter: der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985, Nr. 944.
- (4) Müteahhidin ayıbı ile ilgili BK. m. 359, f. 1’de yanlış olarak “ayıp” yerine “kusur” deyiimi kullanılmıştır.

sayılan bağımsız bölümlerin vaktinde muayene ve varsa ayıplarının ihbarı da zorunludur. Müteahhidin ayıptan doğan sorumluluğu için aranılan bu şartları tek tek inceleyelim.

a) Bağımsız Bölümler Teslim Edilmelidir

Müteahhidin teslim borcu, zaman bakımından yapma borcundan sonra gelir? Müteahhit, bağımsız bölümleri teslim edebilmesi için öncelikle sözleşmede öngörülen vasıfda bağımsız bölümleri inşa etmiş olmalıdır. Teslim borcunun ifası, müteahhidin üstlendiği tüm iş ve işlemlerin tamamlanmasından sonra, iş sahibine ait bağımsız bölümlerin onun egemenliğine girmesi şeklinde olur (5). İnşaatin ayıplı olması teslimde engel değildir (6).

Teslim borcunun ifa yeri, inşaatın bulunduğu yerdir.

Teslim ve teslim alma (tesellüm) birbirlerinin karşısı kavramlardır. Teslim; müteahhit bakımından bağımsız bölümleri iş sahibine vermeyi, teslim alma ise, iş sahibinin ifa maksadıyla kendisine müteahhit tarafından teslim edilen bağımsız bölümleri teslim almasıdır.

Sadece iş sahibine ait olan bağımsız bölümlerin inşaatının tamamlanmış olması yeterli değildir. Müteahhidin yapma borcundan kurtulabilmesi için üzerinde bağımsız bölümler bulunan binanın, bütünüyle inşaatının tamamlanmış olması zorunludur. Aksi halde müteahhitin yapma borcundan kurtulamaz. Zira, inşaatın tamamlanması için müteahhitin üstlendiği tüm iş ve işlemlerin tamamlanması gereklidir. Ayrıca 6785 sayılı İmar Kanununa göre, İmar Kanuna tabi inşaatların bitme günü, yapı kullanma izin belgesinin verildiği gündür (İmar Kanunu m. 18). Yine inşaatının tamamı tamamlanmamış kârgir binalar üzerinde bulunan bağımsız bölümlerde kat mülkiyeti kurulamaz (KMK. m. 1/1).

Yapı kullanma izin belgesi alınmamış bir bina üzerinde bulunan bağımsız bölümlerin fiilen iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanmış olması halinde bağımsız bölümler teslim alınmış sayılır (7).

(5) Aynı doğrultuda görüş için bkz; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuk, C. 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 1012, OLGAÇ, Senai: İstisna Akti, Ankara 1977, s. 31; DAYINLARLI, Kemal: İstisna Aktinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1988, s. 26; ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 s. 167; KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 3, Ankara 1979, s. 454.

(6) GAUCH, Nr. 96.

(7) TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti AÜHFED, 1989-1990, C. 41 S. 1-4, s. 155; KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 77; TANDOĞAN, ÖBİ, s. 126.

Teslim almak ya da teslim almış sayılmak hallerinde iş sahibi, cezaî şart isteme hakkını saklı tutmamışsa, teslim ile cezaî şart isteme hakkı da ortadan kalkar (8). Bağımsız bölümlerin teslim ile birlikte ayıbın ihbarı süresi işlemeğe başlar (BK. m. 359/1).

Bağımsız bölümlerin iş sahibince teslim alındığının müteahit tarafından ispatı her hangi bir şekle bağlı değildir. Müteahit bağımsız bölümleri iş sahibine teslim ettiğini tanıkla da isbatlayabilir.

b) Bağımsız Bölümler Ayıplı Olmalıdır

Ayıp (bozukluk); teslim edilen bağımsız bölümlerin sözleşmede öngörülen vasıf ve mahiyeti taşımamasıdır. Ayıp (10), izafi ve nisbî bir kavramdır. Bağımsız bölümlerde ayıp, gizli ya da açık ayıp veya maddi yahut hukuki ayıp (11) şeklinde karşımıza çıkabilir.

"Eserdeki ayıp" kavramının ne olduğu BK. 360 uncu maddesinde ifade edilmiştir. Bu maddeye göre; eserin ayıplı olması veya sözleşme şartlarına uygun olmaması sebebiyle eserin kullanılmayacak veya "nisfet kaidesine göre kabul edilemeyecek" durumda olması halinde, iş sahibine, sözleşmeden dönme, ayıp daha az önemde ise, eserdeki kıymet noksanı oranında fiyat indirimi ve gerekli tamirin yapılmasını istemek hakkı tanınmıştır. Kısaca, eserdeki ayıp, müteahhitce vaadedilen niteliklerin veya eserde bulunması zorunlu vasıfların bulunmaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Yani eser, aynı cinsden eşyanın sahip olması gereken niteliklere sahip değilse veya farklı nitelikleri taşıyorsa ayıplı sayılmalıdır (12).

Yapı kullanma izin belgesi alınamayan bina, esasen yapı tekniğine aykırıdır. İnşaat tekniğine aykırılık hallerinde ayıp söz konusudur (13). Sözleşmede kararlaştırıl-

(8) "Davacı, dairesini ihtirazi kayıt dermayan etmeksizin teslim aldığına ve edayı kabul ettiğine göre cezaî şart isteme hakkı düşmüş olur" Y. 15.HD., 21.5.1979/E.1979/672, K.1979/1193, bkz., YKD., c. 2, S. 10, s. 157.

(9) Y. 15. HD., 16.10.1989, 1989/555-4242 ve 27.1.1983, 1983/2556-70 sayılı kararları, (yayınlanmamıştır).

(10) Ayıp (bozukluk), arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle bağımsız bölümlerin teslim alınıp da usulü veçhile muayenesinde görülebilen açık ayıplar şeklinde karşımıza çıkar. Örnek olarak, kapı ve pencerenin açılıp kapanmaması gibi kullanma elverişsizliğinden kaynaklanan açık ayıp türünü verebiliriz.

(11) "İskan izninin alınmaması hukukî ayıptır", Y. 15.HD., 21.9.1993, E. 1992/5022, K. 1993/3553, bkz., YKD, c. 20, S. 7, Temmuz 1994, s. 1111.

(12) BURCUOĞLU, Haluk: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, TANDOĞAN'A ARMAÇAN. Ankara 1990, s. 285.

(13) SELİÇİ, s. 141.

ması dahi, İmar Kanununa tabi inşaatlarda müteahhidin, yapı kullanma izin belgesi almağa elverişli bir bina inşa etme zorunluğu vardır. Yapı kullanma izin belgesi alınamayan böyle bir bina üzerinde bulunan kat, daire, büro, dükkan gibi bağımsız bölümler de ayıplı sayılmalıdır.

Ayıp, bazen inşaatta kullanılan malzemeden doğabilir. Sözleşmeyle masif cevizden kapı ve pencere yapılması öngörülmüşken müteahhit, kuru çamdan kapı ve pencere yapmışsa malzemeden doğan ayıptan söz edilir (14). Yargıtay, sözleşmeyle kararlaştırılmış olmasına rağmen bahçe duvarının yapılmamış olmasını ayıp olarak değerlendirmiştir (15).

Müteahhid, sözleşmeyle kararlaştırılmış olandan tamamen farklı bir eser teslim etmeye kalkışması halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri yerine borcun ifa edilmesine dair genel hükümler (BK. m. 96) uygulanmalıdır (16). Eserin başka bir eser mi, yoksa ayıplı bir eser mi olup olmadığı yapı tekniğine göre belirlenmelidir.

c – Arsa Sahibi Muayene Ve Ayıbı İhbar Külfetlerin Vaktinde Yerine Getirmiş Olmalıdır

BK. m. 359, f. l'e göre, eserin tesliminden sonra iş sahibi, imkan bulur bulmaz eseri muayene etmeğe ve bulduğu ayıpları da müteahhide bildirmeye mecburdur burada iş sahibinin, bağımsız bölümleri muayene ve ayıbı ihbarı, bir borç olmayıp, külfettir (17). Borçlu, borcun konusu edim yükümünü yerine getirmekle borcundan kurtulurken, külfet yükümünü yerine getirmeyen kimse, bir hakkı ileri sürmekten mahrum kalır (18). İş sahibince bağımsız bölümlerin muayene edilip, ayıbın müteahhide ihbarı bir borç olmayıp, külfettir (19).

Bir görüşe göre, muayene ve ihbar külfeti, ayıba karşı tekeffül borcunun doğum şartıdır (20). Diğer bir görüşe göre ise, muayene ve ihbar külfeti, ayıba karşı tekeffül borcunun doğum şartı olmayıp, bu hakların ileri sürülmesi şartıdır (21). Yani iş sahibi, vaktinde bağımsız bölümleri muayene etmez ve ayıbı da müteahhide ihbar etmezse, iş sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder. Kanımca, muayene ve ihbar

(14) SELİÇİ, s. 144.

(15) Y. 15.HD., 29.11.1977, E. 1977/1139-2147, bkz. YKD., c.5, s. 1472.

(16) TANDOĞAN, ÖBİ, s. 166.

(17) TANDOĞAN, ÖBİ, s. 167. vd.

(18) SELİÇİ, s. 145; TANDOĞAN, ÖBİ, s. 168.

(19) İNAN, AÇN: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1971, s. 54.

(20) TANDOĞAN, ÖBİ, s. 168.

(21) GAUCH, bu görüşte olup, O'na göre, bu külfetleri yerine getirmeyen iş sahibinin "hakları" düşmektedir, (GAUCH, Nr. 1512 vd.). "Taraflar arasındaki uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kay-

külfeti, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının doğum şartı olmamalı, ileri sürülebilme şartı olmalıdır.

İş sahibinin, ayıba karşı tekeffül borcundan müteahhidi sorumlu tutabilmesi için teslim aldığı bağımsız bölümleri süresi içinde muayene edip, ayıbı müteahhide bildirmelidir. Bağımsız bölümlerin muayene ve ayıbı ihbar için Borçlar Kanununda açıkca öngörülmüş bir süre bulunmamaktadır. Tarafların bu süreyi sözleşmede açıkca belirtmeleri mümkündür. Yoksa süre, hakim tarafından tarafların varsayılan iradelelerine uygun olacak biçimde tesbit edilir (BK. m. 18).

Arsa sahibinin dikkatli bir muayene sonucu anlayabileceği açık ayıpların derhal müteahhide ihbarı gerekir. Genel olarak hoşnutsuzluk ifadeleri ayıp ihbarı sayılmaz. "İnşaatı hiç beğenmedim", "inşaat hiç de iyi olmamış" gibi beyanlar ayıp ihbarı olarak yorumlanamaz. İş sahibi, inşaatta bulunduğu bütün ayıpları müteahhide bildirmelidir. Açık ayıpların bir kısmı bildirilmiş, diğer bir kısmı ise bildirilmemişse, iş sahibinin bunlara rıza gösterdiği kabul edilir ve müteahhit, ayıba karşı tekeffül borcunun bu kısmından kurtulur (22).

BK. nun 362. maddesindeki "gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz bildirilmesi "gerektiğine dair hükmün, açık ayıplar hakkında da uygulanması gerekir (23). Bağımsız bölümleri muayene külfeti, eserin teslimi ile mümkün olur. Ayıpları bildirme, her hangi bir şekilde bağlı değildir (24).

naklanmaktadır. Bk. m362/son maddesi uyarınca yapılan şeydeki kusur sonradan çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeye mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi (ayıbı) kabul etmiş sayılır (...) eserlerdeki gizli ayıpları meydana çıktıkları anda davalı tarafa haber verdiği tanık sözlerinden anlaşılmaktadır. Haber verme yükümlülüğü herhangi bir şekilde tabi olmadığından, ayıbın telefonla veya karşılıklı sözle bildirilmesinde usule aykırılık yoktur", Y. 15. HD., 4.10.1993, E. 1993/2582, K. 1993/3769, bkz., YKD., c.20, S.8, Ağustos 1994, s. 1299.

(22) TURANSOY, agm, s. 166; "... açık ayıplar da tanzimanata konu edimiş ve teslimden buyana geçen sürede istemde bulunulmamışsa, bunlar dava edilemez. Ancak sonradan ortaya çıkan gizli ayıpların tazmini, ortaya çıkmasıyla birlikte yüklenici haberdar edilmek kaydıyla istenebileceği gibi mevcut noksanlıkların giderilmesi de zamanaşımı süresi içinde her zaman dava edilebilir", Y. 15.HD., 12.10.1992, E. 1992/182, 1992/4671, bkz. YKD., c. 19, S.4, Nisan 1993, s. 563; "Dairelerin yüklenici tarafından davacıya teslim tarihi 1.8.1972 olduğu kesin biçimde saptanmış ve davacının daireleri teslim alırken, bu konudaki haklarını saklı tuttuğunu belirtir nitelikte ihbar veya ihtar mevcut olmamasına ve davacının ihtarını ise, teslim tarihinden çok sonra 14.9.1978 tarihinde keşide edilmiş bulunmasına göre, artık davacı, açık ayıplı işler hakkından vazgeçmiş sayılır", bkz., YKD., 1982, c. 8, S. 2, s. 216 vd.

(23) "Davacı cevap dilekcesinde, inşaatı 1.4.1977 tarihinde teslim ettiğini ileri sürmüştür. 13.9.1977 tarihinde yapılan tesbitin ve 10.10.1977 tarihinde açılan davanın gecikmiş bir muayene ve ihbarı olarak kabulü ve davacının açık ayıplara ilişkin isteklerinin reddi sonucu doğrudur", Y.15.HD., 5.5.1980, E. 1980/1151, K. 1980/1144, bkz., YKD., 1980, c. 8, S. 5, s. 871 vd.

(24) "Kanun koyucu, bozukluğun bildirilmesini özel bir şekilde bağlı tutmamıştır. Bunun her türlü delile isbat edilmesi mümkündür", Y.15.HD., 22.5.1980, E. 1980/971, K. 1980/1136, bkz., YKD., 1980, c. 3, S.9, s. 1317.

BK. m. 359/II'ye göre, sözleşmenin tarafları, bilirkişi aracılığı ile bağımsız bölümlerin muayenesini ve bunun bir raporla tesbitini istemeğe hakları vardır. Burda sözü edilen "bilirkişi", delil tesbiti istenmesi halinde ilgili mahkemece tayin edilen bilirkişidir. Bu hak, hem iş sahibine hem de müteahhide tanınmıştır. (Bk. m 359/II).

II. ARSA SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

Teslim alınan bağımsız bölümleri gereği gibi muayene edip, ayıbı ihbar eden iş sahibi, müteahhitden ücret ödemeksizin ayıbın aynen giderilmesini talep edebilir (BK. m. 360/II). Çünkü, eserin iş sahibinin arsası üzerinde yapıldı, kaldırılması (ref'i), yıkılması (kal'i) müteahhit yönünden fazla bir zarar meydana getirmesi halinde, iş sahibi, ancak işin kıymetine göre fiyatı tenzil veya müteahhidi tamire mecbur edebilir (BK. m. 360/III). Arsa karşılığı inşaat sözleşmesinde feshin sonuçları sınırlandırılmıştır. Ayıptan doğan müteahhidin sorumluluğu halinde, iş sahibi sözleşmeyi geriye etkili olarak feshedemez (25). Bu hüküm müteahhit namına alt müteahhitlerin yaptıkları imalatları da kapsmalıdır (26).

Arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde, aynı zamanda arsanın da sahibi olan iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları; ayıbı ihtiva eden bağımsız bölümlerin ayıplarının tamir ve islahını talep etmek ile ücretin indirilmesini istemek olarak ikiye ayrılmaktadır. Şimdi bunu alt başlıklar altında inceleyelim.

a) Ayıbı İhtiva Eden Bağımsız Bölümlerin Tamir ve Islahını İstemek

Ayıbın giderilmesi, iş sahibinin müteahhidin edim yükümüne yönelik bir alacak hakkıdır (27). İşte bu alacak hakkının doğabilmesi için iş sahibinin tek taraflı irade beyanının müteahhide ulaşmış olması yeterlidir sayılmaktadır (28).

Ayıbın giderilmesi borcunun kapsamı, bağımsız bölümlerin sözleşmeye ve kullanım maksadına uygun hale getirilmesi için ne yapılması gerekiyorsa, müteahhidin masrafı kendisine ait olmak kaydıyla yapmasını kapsar. Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır. Ayrıca ayıbını giderilmesi müteahhid bakımından, aşırı bir masrafı gerektirmemelidir.

Müteahhit, ayıbın giderilmesini bizzat kendi yapabileceği gibi çalıştıracağı işçi ve sağlayacağı malzeme ile araç gereçlerde yapabilir. Müteahhit şayet bağımsız bölüm-

(25) GAUCH, Nr. 1089; SEROZAN, Rona: Sözleşmesinden Dönme, İstanbul 1973, s. 43.

(26) TANDOĞAN, OBI, s. 176.

(27) BECKER, H.: Kommentar uzun schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abt. 2. Aufl. Bern 1941; II. Abt. Bern 1934, Art. 368, Nr. 10.

(28) GAUCH, Nr. 1209-1211.

lerin ayıbını (bozukluğunu) gidermezse, iş sahibi, masrafının müteahhide ait olması kaydıyla kendisi ayıbı giderir (29).

Müteahhit, ayıbı gidermeğe vaktinde başlamaz veya başlayıp da giderme çalışmalarını geciktirir veya iş sahibinin kusuru olmaksızın çalışmalardaki gecikme, bütün tahminlere göre, zamanında bitirilmesine imkan vermeyecek derecede ise, iş sahibi, BK. m. 358/I'de bulunan erken fesh'e yönelik hakkını, burada kıyas yoluyla kullanarak, müteahhidi, ayıbı giderme süresini beklemeksizin göndereceği ihtarla temerrüde düşürebilir.

b) Ücretin İndirilmesi (Semenin Tenzili)

Borçlar Kanununun 360. maddesinin 2. fıkrasına göre, işin kusurlu olması halinde, "yapılan şey, iş sahibinin kullanmayacağı ve nisfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa 'iş sahibi, 'işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiatı tenzil" edebilir.

Ayıptan dolayı ücret indirilmesinin bazı özel şartları vardır. Öncelikle ayıplı bağımsız bölümlerin değeri, ayıpsız bağımsız bölümlerin değerinden objektif olarak düşük olmalıdır. Değerlendirme, bağımsız bölüm dediğimiz daire, boro, dükkan gibi kat mülkiyetine konu yerin teslim tarihindeki piyasa rayıçlarına göre yapılır (30).

Ücret indirimi, genellikle nisbi metoda göre yapılmaktadır. Buna göre,

$$\text{Ödenecek indirilmiş ücret: } \frac{\text{Kararlaştırılan ücret x ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

Bu formülün arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanabilmesi için ayıpsız bağımsız bölümlerin teslim tarihindeki piyasa rayıçlarına göre tam değerinin bulunması gerekir.

Edim-karşı edim dengesinin kurulabilmesi ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurması bakımından genellikle ayıptan dolayı ücret indiriminde nisbî metod kullanılmaktadır.

Ücret indirim hakkı, iş sahibine tanınmış, yenilik doğurucu, kurucu bir haktır. Tek taraflı ve yöneltilmesi gerekli irade beyanıyla kullanılır, hukuki sonucunu müteahhide varmakla doğurur (31).

(29) "Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre, BK. m. 360/II fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeyi aykırı bulunması, iş sahibini eseri kullanamayacağı ve nisfet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyete haiz değilse, iş sahibi yapılan işi rededemeyip, işin kıymetini noksanı nisbetinde fiyatın tenzilin, eğer o işin ıslahı, çok büyük masrafı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edebilir", Y.15.HD., 30.6.1994, E.1994/5728, K. 1994/4463, bkz. YKD., C. 21, S. 2, Şubat 1995, s. 254 vd.

(30) TANDOĞAN, ÖBİ, s. 188.

(31) TANDOĞAN, ÖBİ, s. 188.

Yargıtay kararlarına göre, ayıpların değerlendirilmesinde dava tarihindeki bağımsız bölümlerin sürüm değeri esas alınmalıdır (32). Arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıplar, kullanıldıkça zamanla ortaya çıkmakta olduğundan müteahhit ücreti olan arsa paylarını önceden "satış" şeklinde aynen almış bulunduğu için mahkemelerden arsa sahipleri, "ayıp bedeli", "nesafet farkı" adı altında bedelini talep etmektedirler.

III. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN ORTADAN KALKMASI VE ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI

Arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibini, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan haklarının ortadan kalkması; Borçlar Kanunumuzda özel olarak düzenlenmiştir. Bozukluğa iş sahibinin sağladığı arsa ya da malzeme veya talimat neden olmuşsa müteahhit sorumluluktan kurtulur. İş sahibi, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin ayıplı bağımsız bölümleri kabul ederse, müteahhit bu halde de ayıptan doğan sorumluluğundan kurtulur. İş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için ayıplı bağımsız bölümleri makul süre içinde muayene ile varsa ayıplarını müteahhide bildirmesi ve bu hakkını zamanaşımı süresi içinde dava ve takip konusu yapmalıdır.

a) Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasına İş Sahibinin Neden olması

Borçlar Kanununda müteahhidin sorumluluktan kurtulması, "iş sahibinin mesuliyeti" kenar başlığı altında 361. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalâya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine ishadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurul olmasından mütevellit hakları dermeyen edemez".

Ayıbın iş sahibine ait olabileceği hallerin başında, iş sahibinin kusuru nedeniyle bozukluklara neden olmasıdır. Bu halde müteahhit, ayıplardan sorumlu tutulmaması için, iş sahibinin ayıbın doğumuna katkıda bulunmuş ve bu katkının da ayıbın doğumuna tek başına etkili olabilecek derecede olması gereklidir.

İş sahibi, işin yapılma biçimi ile kullanılacak malzeme hakkında müteahhide bağlayıcı talimat verebilir. İş sahibi bu talimatlarını bizzat sözlü olarak verebileceği gibi yazılı da verebilir. İş sahibinin vereceği bu talimatlar, ayıbın doğmasına neden

(32) "Yükleniciden eksikliklerin tamamlanması için gereken parasal tutar istenmiş olmakla, uzman bilirkişi eliyle eksikliklerin neler olduğu ve bunların dava tarihindeki piyasa rayicine göre saptanmalıdır", Y. 15.HD., 23.5.1979 E. 1979 /995, K. 1979/1237, bkz. YKD, 1979, C. 5, S.9, s. 600.

olmuş, müteahhit de bunun isabetsizliği yönünden iş sahibini uyarılmışsa, müteahhit, ayıptan doğan sorumluluğundan kurtulur (33).

Bağımsız bölümlerdeki ayıp, iş sahibinin sağladığı malzeme ve arsanın ayıplı olmasından ileri gelmişse, kural olarak müteahhit bunların neden olduğu bozukluklardan sorumlu olmaz, iş sahibi de müteahhide karşı ayıptan doğan haklarını ileri süremez (34). Malzemeyi ve arsayı inceleme yükümlülüğü müteahhide aittir. Müteahhidin inceleme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması halinde, iş sahibinin sağladığı malzeme ve arsanın elverişsizliğinden doğan ayıp nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz. Yeter ki, müteahhit iş sahibinin temin ettiği arsa ve malzemeyi "muayene" etmiş, bozukluğu da iş sahibine "ihbar" etmiş olsun (BK. m. 357/III).

Ayıp inşaat tamamlandıktan sonra çıkmışsa, müteahhit, ayıbın iş sahibinin talimatından veya ona isnat edilecek bir sebepten doğmuş olduğunu ve onu bu konuda ikaz ettiğini isbatlaması gerekir (35).

b) Arsa Sahibinin Ayıplı Bağımsız Bölümleri Kabul Etmesi

İş sahibi, teslim aldığı ayıplı bağımsız bölümleri kabul ederse ya da kabul etmiş sayılırsa BK. m. 362/I'e göre müteahhit ayıplardan doğan sorumluluğundan kurtulur. İş sahibi, inşaatı kabul ettiğini açıkca veya üstü örtülü (zımnen) belirtebilir. Arsa sahibi, inşaatın memnun kaldığını yazılı veya sözlü müteahhide bildirebilir. Örtülü kabul, mahkemece hal ve duruma göre belirlenir. Yargıtay, inşaatın ayıpları için eseri muayene ve ayıbı ihbar yükümünü yerine vaktinde yerine getirmeyen inşaat sahibini, "eseri" zımnen kabul etmiş saymıştır (36).

Ancak kasden gizlenen ayıplarda zımmî rıza geçerli olmaz. Kasden gizlenen ayıp, müteahhidin ayıbı bilmesi ve bunu iş sahibinden iradi olarak saklaması halidir (37). Kanımca, kasden gizlenen ayıp hallerinde açıkca rıza bile geçerli olmamalıdır.

Gizli ayıplar, eserin teslimi sırasında göze çarpmayan ve usulüne uygun muayene ile de ortaya çıkmayan ayıplardır (38). Gizli ayıp teslimden sonra ortaya çıkar,

(33) SELİÇİ, s. 193; TURANBOY, agm, s. 179.

(34) GAUCH, Nr. 1441; TANDOĞAN, ÖBİ, s. 214.

(35) SELİÇİ, s. 198.

(36) Y.15.HD, 12.10.1992, E.1992/1182, K.1992/4671 sayılı kararı, bkz., YKD, C. 19, S.4 Nisan 1993, s. 563 vd.

(37) Yargıtay, bir kararında kasden gizlenmiş ayıpla, gizli ayıbı aynı kabul etmiştir, bkz., Y.15.HD, 24.10.1974 gün ve 1974/1480-1316 sayılı kararı, (yayınlanmamıştır).

(38) GAUCH, Nr. 1490 vd. "Niksar As. Huk. Mah. sinin 1990/119 değişik iş sayılı dosyasındaki 28.9.1990 tarihli bilirkişi raporunda, beton tabancayla blok numuneleri üzerinde yapılan labaratu-

iş sahibi, ayıbı öğrenir öğrenmez durumu müteahhide bildirmezse "eseri" kabul etmiş sayılır (BK. m. 362, f. III) ve ayıptan doğan seçimlik haklarını kaybeder. İhbarın süresi hakkında Borçlar Kanununda açıkça öngörülmüş bir süre olmamasına rağmen, doktrinde bu sürenin satım sözleşmesindeki süreden daha kısa tutulmaması gerektiği savunulmaktadır (39). Ancak ihbar süresinin sözleşmeyle kararlaştırılması mümkündür. Yine de bu sürenin, satım sözleşmesindeki süreden daha kısa olamayacağı ancak, bu süreden daha uzun bir sürenin kararlaştırılacağı kabul edilmelidir.

İhbarın şekli, herhangi bir şekle bağlı değildir. Fakat isbat bakımından, telgraf, taahhütlü mektup ya da noter eliyle yapılması uygun olur (40).

Arsa karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümleri teslim alan iş sahibi, kat daire büro, dükkan gibi kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerde bulunan bozuklukları müteahhide bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün vaktinde yerine getirmeyen iş sahibi, müteahhide karşı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder.

c) İş Sahibinin Ayıptan Doğan Alacağının Zamanaşımına Uğraması

Zamanaşımına uğramış bir alacak kural olarak dava ve takip edilemez. Yani dava ve takip edilebilen "tam borç" sonradan zamanaşımı nedeniyle "eksik borç" haline dönüşmektedir. İş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan alacağı kural olarak BK. m. 363/1 gereği muacceliyet anından itibaren beş yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Artık bu alacak, dava ve takip edilemez hale gelir. Zamanaşımı, hak düşürü-

var incelemesine göre; mevcut yapının inşatına devam edilmesinin mümkün olmadığı, davalı yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği", bkz. Y.15.HD, 21.12.1993, E. 1993/1, K. 1993/5450, YKD, C. 20, S.11, Kasım 1994 s. 1978; "Doğramaların, badana,boyanın, sıvaların birinci sınıf işçilik ve malzemeden olmadığı yönü, bilerek saklanan ve yöntemine göre gözden geçirilmede ortaya çıkabilen ve olağan gözden geçirilme ile görülmesi ve bilinmesi olanaksız gizli ayıplardan değildir", Y.15.HD., 7.5.1979, E.1975/925, K. 1979/1056, bk., YKD, C. VI, 1980, S.4, s.554.

(39) SELİÇİ, s. 201, KARAHASAN, s. 1167; "Sonradan ortaya çıkan gizli bozukluğu haber verme ödevi, iş sahibince derhal yerine getirilmelidir; muayene ve ayıba ihbar külfetini yerine getirmemiş ise, eseri zimmen kabul etmiş sayılır", Y.15.HD., 22.5.1975, E. 1024, K.2780, bkz. YKD, C. 3, 1976, S.8, s. 1188; "Böylece eserin davacı tarafından teslim alındığı tarihte ihtar ve tesbit tarihleri arasında BK. 359-362 maddelerinde yazılı sürenin geçmiş olmasına ve eserin teslimi sırasında belirtilen yönlerden davacının haklarını saklı tutmamış bulunmasına göre, 26.12.1978 gününde davacı dairesinde bilirkişi tarafından tesbit edilen eksik ve kusurlu işlerin tamamının açık ayıp niteliğinde olduğunun anlaşılmasına göre, dava açma hakkı düşmüştür" Y. 15.HD, 13.5.1981, E.1981/699, K. 1981/1121, bkz., YKD, 1982, c. 8, S.3, s.385 vd.; "Taraflar arasındaki uyuşmazlık, arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. BK.nun 362/son maddesi uyarınca şeydeki kusur sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi ayıba vakıf olur olmaz ayıba müteahhide haber vermeğe mecburdur. Aksı halde iş sahibi bozukluğu kabul etmiş sayılır", Y.15.HD., 4.10.1993, E. 1993/2582, K. 1993/3769, bkz., YKD, C.20, S.8, s. 1299.

(40) "Yasada öngörülen haber verme yükümlülüğü herhangi bir şekle bağlı olmadığından, ayıbın telefonla veya karşılıklı sözle bildirilmesinde usule aykırılık yoktur ",Y.15.HD, 4.10.1993, E.1993/2582, K.1993/3769, bkz, YKD, C.20, S.8, s, 1299.

cü bir süre olmayıp, borçlunun borcundan kurtulması için ileri süreceği bir def'dir. Hâkim, zamanaşımı süresini resen dikkate alamaz.

Zamanaşımı süresi, iş sahibinin bağımsız bölümleri teslim aldığı ya da almış sayıldığı tarihten itibaren başlar.

Taşınmaz inşaatlarda zamanaşımı süresi, beş yıl, taşınır inşaatlarda ise, bir yıldır. Kasden gizlenen ayıplarda zamanaşımı Kanun Koyucu tarafından on yıl olarak belirlenmiştir (41).

Taşınmaz inşaat arza bağıllık arzeder. Bağımsız bölümler, kat, büro, dükkan, daire şeklinde ana bina (taşınmaz) üzerinde bulunurlar. Bu bağımsız bölümler, arsa paylarıyla bağlantılı olarak kurulur, ana taşınmazdan ayrı bağımsız mülkiyete konu olurlar. Bağımsız bölümler başlı başına birer taşınmaz inşaatlardır. Ancak, dairenin kapı ve penceresinin takılması, radyatör dilimlerindeki arızanın giderilmesi gibi tamiratlar taşınmaz inşaat sayılmaz. Taşınmaz inşaat mahiyetindeki inşaatlarda ayıptan (bozukluktan) doğan tekeffül borcunun beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olmasının nedeni, taşınmaz inşaatın gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının veya iklim ve hava şartları ile jeolojik durumlara uygun olup olmadığının anlaşılması için bir yıllık bir sürenin yeterli olmayacağı düşüncesidir (42).

Zamanaşımı süresi, kamu düzeni ile ilgili bir süre değildir. Taşınır inşaatlarda bir yıl, taşınmaz inşaatlarda beş yıl, kasden gizlenen ayıplarda ise on yılın geçmesiyle iş sahibinin ayıptan doğan hakları zamanaşımına uğrar. Kanımca, zamanaşımı sürelerinin uzatılması sözleşme ile mümkün olmalı ancak kısaltılması mümkün olmamalıdır. (43).

SONUÇ

Arsa karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulanacak hükümler, kural olarak her bir edime ait olduğu hükümlerin uygulanmasıdır. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, onun yapma borcunun bir tamamlayıcısıdır. Müteahhidin ediminin konusu, bağımsız bölümleri bir bütün olarak, "yapma" ve iş sahibine "teslim borcu"dur. Ayıba karşı tekeffül borcunda uygulanacak hükümler Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesine ait hükümlerdir. Şayet hükümler arasında bir çatışma doğarsa, hakkaniyete uy-

(41) TANDOĞAN, Haluk: İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı, Fadıllı, H.S. Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 329-338 (TANDOĞAN, Zamanaşımı), s.330; "Arsa karşılığı daire yapımında, gizli bozukluklara dayanan dava hakkı ise, on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar, ayıbın kasden gizlenmesinde bu süre uzamaz, başlangıcı farkına varılma ile başlar". Y.15.HD., 17.3.1976, E.1975/5464, K.1976/1210, bkz., YKD, C.3,1977, s.702 vd.

(42) TANDOĞAN, Zamanaşımı, s. 331.

(43) Aksi görüş için bkz, TANDOĞAN, Zamanaşımı, s. 335.

gun bir çözümü sağlayacak hüküm tercih edilmelidir. Hakim, hakkaniyete uygun çözümlü sağlarken, ömründe belki de bir defa mesken ve işyerine sahip olacak olan iş sahibinin menfaatlerini dikkate almalıdır.

— oOo —

KAYNAKÇA

- AYAZLI, Pervin: Arsa payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 1987, C. 2, S. 1, s. 43-51.
- BECKER, H. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt. 2. Aufl. Bern 1941; II. Abt. Bern 1934.
- BURCUOĞLU, Haluk: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler, TANDOĞAN'a ARMAĞAN, Ankara 1990.
- DAYINLARLI, Kemal: İstisna Aktinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1988.
- GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 2. Aufl Zürich 1985.
- İNAN, A. Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1971.
- KARAHASAN, M.R.: İnşaat İmar İhale Hukuku, C. 3, Ankara 1979.
- KARTAL, Bilal : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- OLGAÇ, Senaf: İstisna Akti, Ankara 1977.
- ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- SELIÇI, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1973.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, TANDOĞAN, ÖBİ.
- TANDOĞAN, Haluk: İstisna Aktinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı, Fadıl, H. S. Anısına Armağan, Ankara 1983, Tandoğan, Zamanaşımı.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. 2, Özel Borç İlişkileri İstanbul 1977.
- TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına göre müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan memliyeti, AÜHF Dergisi, 1989-1990, Cilt: 41, S: 1-4.

KISALTMALAR

agm.	: Adı geçen makale	K.	: Karar
Aufl.	: Auflage	KMK.	: Kat Mülkiyeti Kanunu
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.	m.	: Madde
Art.	: Artikel	Nr.	: No
BK.	: Borçlar Kanunu	S.	: Sayı
bkz.	: Bakınız	s.	: Sayfa
C.	: Cilt	vd.	: Ve devamı
E.	: Esas	Y.HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
f.	: Fıkra	YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
		YHD	: Yasa Hukuk Dergisi

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MUNZAM ZARARIN ISPATI

Y.Doç.Dr.Vedat BUZ(*)

I.GİRİŞ

Para alacaklısının temerrüt halinde borçludan talep edebileceği temerrüt faizi BK.m.113 anlamında fer'i bir haktır. Oysa uygulamaya bir göz atıldığında "fer'i" sıfatının faiz için hiç de uygun düşmediği görülmektedir. Zira konusunu kısmen de olsa bir miktar paranın oluşturduğu bütün uyumsuzluklarda, faiz ve munzam zarar sorunu "asli" bir önem taşımaktadır. Kanuni temerrüt faiz oranının ekonomik gerçeklerle adeta alay edencesine düşük tutulduğu ülkemizde bir çıkış yolu olarak BK.m.105'de düzenlenen munzam zarar kurumuna başvurulmaya başlanmış, fakat bu kez de munzam zararın ispatı noktasında tam anlamıyla bir görüş birliğine varılamamıştır. Özellikle Yargıtay uygulamasında konu ile ilgili olarak farklı kararlar verilmiş, sonuçta sorun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun önüne gelmiştir.

Aslında sorunun incelenmeye muhtaç çeşitli boyutları vardır. Ülkemizde ne para borcunun bir "değer borcu" mu, yoksa "tutar borcu" mu olduğu yeterince tartışılmış, ne de para borçlarının ödenmemesi halinde talep edilebilecek faiz kavramı bir bütün olarak ele alınmış ve incelenmiştir(1). Gerçekten de ülkemizde faiz kavramını bütün yönleri ile inceleyen, faizin değişik türleri arasındaki ayrıma ve aralarındaki farklara işaret eden bir bilimsel çalışma mevcut değildir. Bunun yerine sorun büyük ölçüde sadece temerrüt faizini aşan zarar bakımından incelenmiştir. Fakat sorun munzam zarara ilişkin düzenlemeden değil, faiz oranına ilişkin düzenlemeden kaynaklandığı için, bir takım adaletsizliklere işaret etmekten öteye gidilememiş, üzerinde görüş birliği sağlanan bir çözüme ulaşılamamıştır. Aşağıdaki satırlar, hukuki sorunların çözümünde sınırlarımız ötesine bir göz atmanın, karşılaştırmalı hukukta yaşanan tecrübelerden yararlanmanın, sadece akademisyenler için değil uygulama için de faydalı olacağına duyulan inançla kaleme alınmıştır.

(*) A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, Medeni Hukuk Bilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) İsviçre hukukunda da faizin çok da fazla monografik çalışmaya konu olduğunu söylemek mümkün değildir. Oysa Alman hukukunda konu ile ilgili çok sayıda monografi yayınlanmıştır. Sadece 1992-1996 yılları arasında yayınlanan çalışmalar için bkz. **Kindler, Peter**, Gestzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Habil. Tübingen 1996; **Schmitz, Rochus**, Zinsrecht: zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Diss., Münster 1994; **Bilda, Karen**, Zinsrecht in Spanien und Deutschland, Baden-Baden 1994; **Wessels, Peter**, Zinsrecht in Deutschland und England: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 1992; **Fergen, Bruno**; Der Nachweis des weitergehenden Zinsschadens gemäß § 288 Abs. 2 BGB, Diss., Bielefeld 1994; **Seckelmann, Robert**, Zinsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 1992.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MUNZAM ZARAR ve İSPATI

A) İsviçre Hukukunda

İsviçre'de Borçlar Kanununun 104. maddesinde temerrüt faizi oranı % 5 olarak belirlenmiştir. Bu hükmün üçüncü fıkrasına göre, ödeme yerinde banka iskonto oranı %5'den fazla ise temerrüt faizi olarak bu oran esas alınır. Borçlar Kanununun 106. maddesinde de temerrüt faizi oranından daha fazla bir zarara uğrayan alacaklıya bu zararının tazminini talep etme hakkı tanınmıştır.

Acaba munzam zarar nasıl ispat edilecektir? İsviçre doktrin ve içtihatlarında alacaklının munzam zararını somut olarak ispat etmesi gerektiği oy birliği ile kabul edilmektedir(2).

Ancak gerek doktrinde gerek uygulamada munzam zararını somut olarak ispat zorunda olan alacaklıya bazı fiili karinelerin kabul edilmesi suretiyle ispat kolaylıkları sağlanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi yeni kararlarında kur farkından kaynaklanan zararların munzam zarar olarak tazmininin talep edilmesi halinde, alacaklının yabancı parayı ikametgahında veya iş merkezinde tedavülde olan resmi paraya çevireceği yönünde bir fiili karinenin mevcudiyetini kabul etmektedir(3). Ancak Federal Mahkeme bu içtihatlarında bu tür fiili karinelerin munzam zararın alacaklı tarafından somut olarak ispatı gereken bir zarar olma özelliğini ortadan kaldırmadığını, sadece alacaklıya ispat kolaylığı tanıdığını özellikle vurgulamayı da ihmal etmemektedir. Borçlunun bu fiili karineyi çürütme imkanı mevcuttur. Örneğin 28 Mayıs 1991 tarihli kararda şöyle denmektedir:

„ Burada bir fiili karine söz konusudur. Fiili karine ispatın kolaylaştırılmasına hizmet eder(BGE 109 II 443 E. C mit Hinweisen; KUMMER, N. 362 ff. zu Art. 8 ZGB; POUURET, COJ,N. 4.3.3 zu Art. 43 OG).Ama ispat yükünün ters çevrilmesi sonucunu doğurmaz.....O halde fiili karine delil başlangıcının bir görünüm biçimidir (KUMMER, N. 365 f. zu Art. 8 ZGB; DESCHENAUX, SPR II, S. 264), ki bu kural olarak Federal Mahkeme tarafından temyiz aşamasında denetlenemez..“(4).

- 2 BGE 123 III 243; 117 II 258; 109 II 443(orijinal metni İtalyanca olan bu kararın Almanca metni için bkz. Pra 73, 1984, Nr.58); **Schwenzer**, s.373/374; **OR-Wiegand**, Art.107 OR, N.4: **Weber**, FS. Keller, 327; **Bucher**, s.362; **Keller/Schöbi**, s.268;
- 3 BGE 123 III 243; 117 II 258; 109 II 440 vd. Fakat Federal Mahkemenin eski kararlarında birbirine taban tabana zıt içtihatlarda bulunmuştur. Bazı kararlarda alacaklının ödenmesinde temerrüde düşülen para alacağını zamanında elde etse idi, onu değeri düşmeyen bir paraya çevireceğini somut olarak ispatı aranmıştır; bkz. BGE 46 II 408; 47 II 301. Bazı kararlarda ise temerrüt esnasında kurlarda meydana gelen düşmelerin riskinin borçluya ait olduğu, alacaklının ayrıca bu yüzden bir zarara uğradığını ispat etmek zorunda olmadığı, bunun aksinin borçlu tarafından ispat edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır; bkz. 76 II 375; ; 60 II 340(pra.10 Nr.108); 48 II 78/79; 47 II 194 ve 439.
- 4 BGE 117 II 258. Federal Mahkeme genel hayat tecrübelerinden çıkarılan sonuçların sadece istisnai durumlarda, yani çıkarılan sonucun somut olayı aşan bir anlam taşıdığı,, adeta bir norm karakteri

Nitekim Federal Mahkeme, bu karara konu olan somut olayda yukarıda değin-diğim fiili karineye rağmen borçlunun ileri sürdüğü karşı delilleri isabetli bulmuş ve alacaklının munzam zararının tazminine ilişkin talebini reddetmiştir.

Aynı hususlar benzer ifadelerle, Federal Mahkemenin konu ile ilgili en son kararı olan 7 Mayıs 1997 tarihli kararda da dile getirilmektedir:

„ Alacaklı temerrüt faizini aşan bir zararı ileri sürerse, bunu ispat ile yükümlüdür. Kural olarak bunun için zararın somut olarak ispatı gereklidir (Art.106 OR in Verbindung mit Art.8 ZGB; BGE 117 II 256 E.2b S.258). Buna göre borçlunun geç ifası nedeniyle kur farkından kaynaklanan bir zararını ileri süren alacaklının, söz konusu meblağı zamanında ifa halinde hemen başka bir paraya çevireceğini delillendirmesi gerekir. Ancak Federal Mahkemenin içtihatlarına göre, böyle durumlarda genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre alacaklının parayı ikametgahında veya iş merkezinde geçerli olan resmi paraya çevireceği karine olarak kabul edilmelidir (BGE 117 II 256 E.2b S.258; 109 II 436 E.2 S.440 ff.). Zararın hesabı bu tür fiili karinelerle soyut hale gelmeyip, bunun ile sadece ispat yükü ters çevirmektedir. Alacaklıya sadece genel hayat tecrübelerine istinaden zararını ispatı kolaylaştırılmıştır.“(5).

Federal Mahkemenin bu içtihadı İsviçre doktrininde de genel kabul görmüştür(6).

Ancak ülkemiz açısından asıl önem taşıyan sorun enflasyon nedeniyle paranın satın alma gücünün düşmesinden kaynaklanan zararlarını munzam zarar olarak tazmininin talep edilip edilemeyeceğidir. İsviçre de yıllardır enflasyon oranı çok düşük olduğu ve çoğu zaman kanuni temerrüt faizi oranının altında kaldığı için(7), böyle bir sorun son yıllarda Federal Mahkemenin önüne gelmemiştir. Federal Mahkemenin bu konuya ilişkin olarak tespit edebildiğim üç kararı mevcuttur. Bu kararlarda 14 Aralık 1920 ve 21 Haziran 1921 tarihli kararlarda(8) açıkça, 27 Eylül 1983 tarihli kararda(9) obiter dictum olarak enflasyon nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana

kazandığı ve ileride meydana gelecek olaylarda da uygulanma ihtimali bulunduğu durumlarda denetim kapsamına gireceğini belirtmekte, ancak incelenen olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığını ifade etmektedir; BGE 117 II 258/259. Keza Federal Mahkemenin 7 Mayıs 1997 tarihli kararında da aynı hususa işaret edilmektedir; bkz.aşa.dn.13.

5 BGE 123 III 243.

6 Bkz. OR-Wiegand, Art.103 OR, N.15; **Gauch/Schlupe**, Nr.2433; **Weber, FS. Keller**, s.328; aynı yazar, Art.84 OR, N.362; **Schenker**, Rn.282; karşı ayrıca **Bucher**, s.362 dn.133.

7 27 Ağustos 1998 de yayınlanan rakamlara göre tüketici fiyatları endeksindeki yıllık artış % 0,1 olarak gerçekleşmiştir; bkz. Bundesamt für Statistik, 27. August 1998, Pressemitteilung Nr. 73/1998.

8 BGE 46 II 403; 47 II 301/302

9 BGE 109 II 440; pra 73, 1984, Nr.58, s.142.

na gelen azalmanın munzam zarar olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir.

Doktrinde de paranın satın alma gücünde enflasyon nedeniyle meydana gelen düşüşlerin munzam zarar olarak talep edilemeyeceği, alacaklının bu yüzden bir zarara uğradığını somut olarak ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir(10). Örneğin **von Büren** bu hususu doktrinde de sıkça tekrarlanan sözleri ile şu şekilde ifade etmektedir:

„ Alacaklı borçlanılan paranın mal satın alma gücünün düşmesini değil, ama döviz satın alma gücünün düşmesini temerrütten kaynaklanan zarar olarak ileri sürebilir.“(11).

Ancak **Schenker**'e göre hiperenflasyon dönemlerinde alacaklının alacağını zamanında elde etmesi halinde bu parayı elinde tutmayıp, bunun ile mal satın alacağı yönünde bir fiili karinenin varlığını kabul etmek uygun olacaktır. Yazara göre, genel tecrübeler, hiperenflasyonun hakim olduğu ekonomik dönemlerde, paradan kaçışın olduğunu, şahısların ellerindeki parayı mümkün olduğu kadar çabuk mala dönüştürdüğünü göstermektedir(12).

İsviçre hukukuna ilişkin açıklamalarımıza son vermeden önce Federal Mahkemenin yukarıda başka bir vesile ile değindiğimiz 7 Mayıs 1997 tarihli kararı üzerinde yeniden durmak faydalı olacaktır. Bu kararda, Alman hukukunda tacirlere ve finans kurumlarına tanınan ve bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak değineceğimiz ispat kolaylıklarının ilk defa İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edildiğini görüyoruz. Karara konu olan somut olayda bir sigorta şirketi ödünç sözleşmesinden doğan alacağını dava etmektedir. Ödünç sözleşmesinde temerrüt faizi oranı % 5,25 olarak kararlaştırılmış olmasına rağmen, davacı sigorta şirketi bu oranı aşan bir zarara uğradığını, alacağını zamanında elde etse idi ortalama % 7,75 oranında gelir elde edeceği bir yatırıma dönüştürebileceği iddiası ile dava açmıştır. Bu olayda ilginç olan nokta davacının bu oranda bir zararını somut olarak ispat edememesine rağmen, soyut olarak böyle bir imkanın mevcudiyetinin munzam zararın ispatı için yeterli sayılıp sayılamayacağıdır. Bu hususa ilişkin olarak Federal Mahkeme şunları söylemektedir:

„ Davacı gibi sigorta şirketleri bakımından da genel olarak bunların elde ettikleri ve işletmenin mutat işleyişi için gerekli olmayan paraları faydasız bir biçimde ellerin-

10 **Gauch/Schlupe**, Nr.2434; **Weber**, FS. Keller, s.329; **Schenker**, Nr. 283; **von Büren**, s.369; **Henggeler**, die Abwertung des Schweizerfranks und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, ZSR 56 (1937), s.226 a.

11 **von Büren**, s.369.

12 **Schenker**, Nr. 283; aynı görüşte **Weber**, FS. Keller, s.329

de tutmayıp, kazanç getirici bir biçimde yatırıma dönüştürecekleri noktasından hareket edilebilir (vgl. WEBER, a.a.O., S.333 f.; STAUDINGER/LÖWISCH, a.a.O., N 29 zu § 288 BGB). Kantonal mahkemeler bu genel tecrübeye istinaden ve somut olayın özelliklerinden davacı şirketin bu miktarda bir zararının yeteri kadar ispat edildiği sonucuna varmışlardır(13)Ayrıca davalının karşı delil ileri sürmesi ve bu genellemenin atipik durumlar nedeniyle doğru olmadığını ispat etme imkanı mevcut idi.“(14).

B) Alman Hukukunda

1) Genel Olarak

Alman hukukunda munzam zarar problemi ve özellikle munzam zararın ispatı hususundaki açıklamalara geçmeden önce Alman hukukundaki yasal faiz oranlarına kısa bir bakış yararlı olacaktır. Alman hukukunda farklı kanunlarda farklı oranlarda öngörülen faiz oranlarını yedi ana guruba ayırmak mümkündür(15):

1) % 4'lük faiz oranı. Bu oran genel faiz oranıdır. Alman Medeni Kanununun (BGB) 246. paragrafına göre bir borç için kanun veya hukuki işlem gereği faiz yürütülmesi gereken hallerde, aksine bir hüküm olmadıkça oran yüzde % 4'tür. BGB § 288 hükmünde de temerrüt faizi oranı olarak bu oran tekrarlanmıştır. Diğer başka bazı kanunlarda da % 4'lük orana rastlanır. Örneğin Medeni Yargılama Kanununun(ZPO) 104. paragrafında, Sigorta Sözleşmelerine ilişkin Kanunun(VVG) 94. paragrafında, Sosyal Sigortalar Kanunun(SGB I) 44. paragrafında bu oran esas alınmıştır.

2) % 5'lik oran. Alman Ticaret Kanununun (HGB) 352. Paragrafının birinci fıkrasında, her iki taraf için ticari niteliği taşıyan işlerde kanuni faiz ve temerrüt faizi oranı % 5 olarak belirlenmiştir. Bu hükmün ikinci fıkrasına göre ticaret kanununda faiz ödeme yükümlülüğünden söz edilip de oranın belirtilmediği bütün durumlarda % 5'lik oran esas alınır. Keza anonim şirketlerde, ortakların sermaye ödeme borcunda temerrüde düşmeleri halinde temerrüt faizi oranı % 5 tir(§ 63 Abs.2 Satz 1 AktG)

3) % 6'lık oran. Yabancı poliçe ve çeklerde rücu hakkı çerçevesinde ödenmesi gereken faiz oranı % 6 dır (Art.48 Abs.1 Nr.2, Art.49 Nr.2 WG; Art.45 Nr.2, art 46 Nr.2 ScheckG)(16).

13 BGE 123 III 244. Federal Mahkeme bu sonucun ön derece mahkemesinin delil takdirine dayandığını ve delil takdirlerinin, bu olayda sözkonusu olmayan istisnai durumlar dışında, temyiz aşamasında denetlenemeyeceğini belirtmektedir.

14 BGE 123 III 244.

15 Bkz. Kindler, s.257

16 Diğer bazı özel kanunlarda da % 6'lık faiz oranı öngörülmüştür; bkz. Abgabeordnung § 238; Bundeshaushaltordnung § 44 a Abs.3.

4) **Federal Merkez Bankası(Bundesbank) iskonto oranından % 2 fazlası, ancak asgari % 6.** Almanya'da keşide edilen ve ödenecek poliçe ve çekler de rücu hakkı çerçevesinde ödenmesi gereken temerrüt faizi oranı bu şekilde tespit edilmiştir.

5) **Federal Merkez Bankası iskonto oranından % 2 fazlası.** Kamulaştırma bedelleri bakımından öngörülmüştür(17).

6) **Federal Merkez Bankası iskonto oranından % 3 fazlası.** İdari işlemlerin geri alınması halinde ödenecek tazminatlara uygulanacak faiz oranıdır(18).

7) **Federal Merkez Bankası iskonto oranından % 5 fazlası.** Tüketici Kredisi Kanununun(VerbrKrG) 11. paragrafının birinci fıkrasına göre, kredi borçlusunun temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi oranı bu şekilde belirlenmiştir(19).

Birbirlerinden farklı faiz oranları öngören bu düzenlemeler içerisinde bizim için önem taşıyanları, Alman Medeni Kanunundaki % 4'lük genel faiz oranı ile Alman Ticaret Kanunundaki % 5'lik orandır. Alacaklının borçlunun temerrüdü nedeniyle bu oranlar üzerinde bir zarara uğraması halinde, BGB § 288 hükmü, bu zararların tazmininin talep edilebilmesine imkan tanımaktadır. Tıpkı bizim Borçlar Kanunumuzun 105. maddesinin uygulanmasında ortaya çıktığı gibi, BGB § 288 hükmünün uygulanmasında büyük sorunlar çıkmıştır. Acaba munzam zarar nasıl ispat edilecektir?

İspat hususundaki temel prensip, diğer ülkelerden farklı değildir. Alacaklının yasal temerrüt faizi oranlarını aşan zararının tazminini talep edebilmesi için öncelikle somut olarak bu tür bir zarara uğradığını, ikinci olarak da bu zarar ile borçlunun temerrüdü arasında bir illiyet bağının bulunduğunu ispat etmesi gerekir(20). Fakat gerek doktrinde gerek içtihatlarda bazı durumlarda alacaklıya çeşitli ispat kolaylıkları tanınmıştır. Bu ispat kolaylıklarını incelerken iki dönemi ayrı ayrı ele almak gerekir. Bu dönemlerden ilki, birinci dünya savaşı ile ikinci dünya savaşı arasındaki dönemdir. Bu dönemde Almanya'da yüksen oranda bir enflasyon da hakim olduğu için, sorununun çözümüne ilişkin öneriler, benzer ekonomik şartları günümüzde yaşayan ülkemiz için ayrı bir önem taşıyacaktır. İnceleyeceğimiz ikinci dönem ise ikinci dünya savaşından günümüze kadar olan dönemdir.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kindler**, s.216/217.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kindler**, s.217/218.

19 Ancak bu hükmün, faiz oranı öngören diğer hükümlerden farklı bir özelliği vardır: Borçlu alacaklının bu oranda bir zarara uğramadığını ispat edebileceği gibi, alacaklı da daha yüksek oranda bir zarara uğradığını ispat edebilir(§ 11 VerbrKrG).

20 Bkz. **Fergen**, s.12 vd.; **Schmitz**, s.125; **Kindler**, s.266 vd.; **Staudinger/Löwisch**, Rn.16 zu § 286 BGB

2) Birinci Dünya Savaşından İkinci Dünya Savaşı Kadar Olan Dönem

Birinci dönem, aylık enflasyon oranının bazen % 50'yi aştığı(21) birinci dünya savaşı ile ikinci dünya savaşı arası dönemdir. Yüksek orandaki bu enflasyon karşısında piyasa faizleri büyük ölçüde artmış ve % 4'lük kanuni temerrüt faizi oranı piyasa gerçeklerini yansıtmaktan uzaklaşmıştır. İmparatorluk Mahkemesinin konuya ilişkin ilk içtihatlarında bir tereddüt gözlenmektedir. Daha açık bir ifade ile İmparatorluk Mahkemesi alacaklının somut olarak kanuni temerrüt faizi oranını aşan zararını ve bu zarar ile borçlunun temerrüdü arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesini aramıştır(22). Daha sonraki kararlarda enflasyon nedeniyle paranın değerinde meydana gelen düşüşler BGB § 288/II anlamında temerrüt faizini aşan zarar olarak nitelendirilmiştir ve alacaklıya bu zararlarının tazminini, somut olarak ispat etmek zorunda olmadan, talep etme imkanı tanınmıştır. Alacaklının alacağını zamanında elde etse idi onu değeri düşmeyecek bir biçimde değerlendireceği karine olarak kabul edilmiş, bunun aksini ispat külfeti borçluya yüklenmiştir. Sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun somut olayın özellikleri nedeniyle ya alacaklının bir zarara uğramadığını, ya da borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi dahi alacaklının borç konusu meblağı değeri düşmeyecek bir biçimde değerlendiremeyeceğini ispat etmesi gerekir(23). Bazı kararlarda, alacaklının zararını somut olarak ispatı aranmaksızın İmparatorluk Merkez Bankasının(Reichsbank) iskonto oranına ek olarak % 2 tazminata hükmedilmiştir(24).

3) İkinci Dünya Savaşından Bugüne Kadar Geçen Dönem

Alman hukukunda incelenmesi gereken ikinci dönem ikinci dünya savaşından günümüze kadar olan dönemdir. Bu dönemin özelliği hiperenflasyon durumunun artık söz konusu olmamasıdır. Enflasyon oranları, kanuni faiz oranlarına yakın, hatta bazen çok altında seyretmektedir(25). Durum böyle olunca, borçlunun ödemedeki te-

21 Bkz. **Kindler**, s.208.

22 Bkz.RG 3.11.1921: „ Alacaklının iddia ettiği zararın borçlunun temerrüdü ile illiyet bağı içinde olduğunu ve bu zararın talep edilen miktarda olduğunu ispat etmesi gerekir“(WarnRspr. 1922 Nr.3, s.3/4, **Kindler**, s.210 dn.54'ten naklen). Karş. Ayrıca RGZ 102, 60 ve **Staudinger/Werner**, 10/11.Aufl., Rn.11 zu § 286 da anılan diğer kararlar.

23 Bkz. RGZ 107, 213; RG, JW 1923, s.127 ve 940; LG Berlin, JW 1923, s.532; OLG Breslau, JW 1923, s.945; OLG Düsseldorf, JW 1923, s.1000; OLG Köln, JW 1923, s.951; RG, JW 1928, s.2841.

24 Bkz. RG 22.1.1935, WarnRspr.1935 Nr.32, s.65 ff.; RG 15.1.1927, JR.1927 Nr.570, s.321; RG 14.2.1930, WarnRspr.1930 Nr.91, s.176; RG 15.1.1935, Warn.Rspr 1935, Nr.136, s.281(**Kindler**, s.210 ve 211 den naklen).

25 Örneğin Almanya'da 1996 yılında enflasyon oranı % 2 olarak gerçekleşmiştir. Aynı yıla ilişkin diğer Avrupa ülkelerindeki enflasyon rakamları şu şekildedir: Fransa'da % 1,8; İtalya'da % 4,5;

merrüde düştüğü para alacağının değerinde enflasyondan kaynaklanan düşüşlerin BGB § 288/II anlamında temerrüt faizini aşan zarar olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ya da alacaklıya bu konuda ispat kolaylıkları tanınıp tanınmayacağı sorunları Alman mahkemelerinin gündeminden çıkmıştır. Doktrinde ise bu konuya ilişkin olarak kısaca, paranın satın alma gücünde meydana gelen değer kayıplarının tazmininin, sadece bu azalmanın alacaklının malvarlığında da etkisini göstermiş olması ve yasal temerrüt faizi oranı ile karşılanamaması halinde talep edilebileceği belirtilmektedir(26). Bunun alacaklı tarafından somut olarak ispatı gerektiği, ilk görünüş kanıtları veya fiili karineler(27) yardımıyla alacaklıya ispat kolaylığı tanınmasının, sadece hiperenflasyon durumunda sözkonusu olabileceği ifade edilmektedir(28).

Bu ifadeden Alman hukuku bakımından munzam zararın ispatı sorunun tamamen çözüldüğü sonucu çıkarılmamalıdır. Sorunun biçim değiştirerek varlığını bugün de devam ettirmektedir. Sabit bir biçimde tespit edilen genel % 4'lük faiz oranı ile ticari işler bakımından öngörülen %5'lik oran piyasa şartlarını tam yansıtmamaktadır. Serbest piyasadaki faiz oranları bu miktarların üzerinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle yukarıdakine benzer sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorunları esas itibariyle iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi, alacaklı, temerrüt nedeniyle kanuni faiz oranını aşan bir faiz kaybına uğradığını iddia ederek banka faizi oranlarını munzam zarar olarak talep ettiği takdirde, bunun ispatı nasıl gerçekleşecektir? Alacaklıya ne tür ispat kolaylıkları sağlanacaktır? İkinci temel sorun munzam zararın bir başka kalemine ilişkindir. Acaba alacaklı, borçlunun temerrüde düştüğü parayı başka kaynaklardan sağladığını, bu nedenle temerrüt faizinden fazla kredi faizi ödemek zorunda kaldığını iddia ederek artan bu kredi masraflarını munzam zarar olarak talep ettiği takdirde bunun ispatı nasıl olacaktır ve alacaklıya hangi ispat kolaylıkları tanınacaktır?

a) Yoksun kalınan kâr ve özellikle banka faizi

Alacaklının borçlunun temerrüde düştüğü meblağı zamanında elde etse idi, onu hemen yatırıma dönüştüreceği ve dolayısıyla kanuni temerrüt faizi oranının üzerinde bir gelir, örneğin banka faizi elde edeceği iddiası ile açtığı tazminat davalarında alacaklıya bazı ispat kolaylıkları tanındığını görüyoruz. Ancak bu kolaylıklar sağlanırken,

Hollanda'da % 1,4; Avusturya'da % 2,5; İsveç'de % 1,2; İspanya'da % 3,4; kaynak : http://www.admin.ch/bfs/stat_int/dint_m.htm.

26 Bkz. **Honsell**, FS.Lange, s.514; **Schmitz**, s. 142; **Staudinger/Löwisch**, Rn.16 zu § 286 BGB; karşıyrica **MünchKomm/Thode**, Rn.6c zu § 286 BGB.

27 İlk görünüş kanıtları ve fiili karineler için bkz. aşa. III, B,2,d.

28 **Schmitz**, s. 142; **Staudinger/Löwisch**, Rn.17 zu § 286 BGB.

bankalar ve tacirler ile tacir olmayan şahıslar arasında bir ayırım yapılmış ve bu ispat kolaylıklarından daha ziyade bankalar ve tacirler yararlandırılmıştır.

aa) Tacir olmayan şahıslar bakımından

Tacir olmayan şahıslar bakımından munzam zararın ispatına ilişkin temel karar Alman Federal Mahkemesinin 8.11.1973 tarihli kararıdır. Yüksek mahkeme bu kararında özetle şunları ifade etmektedir: Bir miktar paranın kullanım olanağını kaybeden zarar gören bu zararını objektif olarak hesaplayabilir. Zarar gören şahıs, yüksek miktardaki paranın atıl bir biçimde elde tutulmayıp, gelir getirici bir biçimde yatırıma dönüştürüleceği, dolayısıyla bu paradan yoksun kalmanın büyük ölçüde bir gelir kaybına yol açacağı şeklindeki genel hayat tecrübesine dayanabilir(29). Bu gerekçeler ile Yüksek mahkeme somut olayda alacaklının, alacağını zamanında elde etse idi, % 7 gelir getirecek kıymetli evraka yatırmasının genel hayat tecrübelerine göre mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Bu karara göre borçlunun somut olayda borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi alacaklının böyle bir zarara hiç ya da onun iddia ettiği miktarda uğramayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür. Ancak bunun için borçlunun, alacaklının iddia ettiği miktarda bir zarara uğrama ihtimalini şüpheli kılan kanıtlar ileri sürmesi yeterli olmayıp, sözkonusu genel hayat tecrübesi kuralının somut olayda geçerli olmayacağını kesin bir biçimde ispat etmesi gerekir(30).

İlk bakışta bu karar ile munzam zararın ispatı bakımından tacir olmayan şahısların da işinin son derece kolaylaştırıldığı düşünülebilir. Ancak durum hiç de görüldüğü gibi değildir. Alman Federal Mahkemesi daha sonra verdiği kararlarla, tacir olmayan şahıslara tanıdığı ispat kolaylığını bazı sınırlamalara tabi tutmuştur. Bu konudaki ilk sınırlama, ifasında temerrüde düşülen para borcunun miktarı bakımındandır. Federal Mahkeme kararlarında, alacaklının alacağını atıl bir biçimde elinde tutmayıp kâr getirici bir biçimde yatırıma dönüştüreceği şeklindeki genel hayat tecrübesi kuralının „büyük meblağdaki“ para alacakları bakımından geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak bu konuya ilişkin kararlara konu olan olayların tamamında büyük meblağlarda para alacakları sözkonusu olduğu için(31). Alman Federal Mahkemesi bu konuda bir alt sınır çizme ihtiyacı hissetmemiştir. Doktrinde bu konuda alt sınırın 5000 DM olduğu hususunda hemen hemen görüş birliği vardır(32). Bundan başka, alacaklı-

29 Kararın bu özeti için bkz. **Fergen**, s.58; **Kindler**, s.269/270. Kararın orijinal metni için bkz. BGH, WM 1974, s.128 vd.=DB 1974, s.529=VersR 1974, s.291

30 Bkz. **Kindler**, s.270.

31 Örneğin yukarıda değinilen 8.11.1974 tarihli kararda para alacağının miktarı 358600 DM dir. Bkz. Ayrıca BGHZ 80 269(para alacağının miktarı 180032 DM); BGH 2.12.1991, NJW 1992, s.1224(alacak miktarı 315000 DM)

32 Bkz. **MünchKomm/Thode**, Rn.17 zu § 288 BGB; **Soergel/Wiedeman**, Rn.27 zu § 288 BGB;

nın, zararın bu şekilde tipikleştirilmiş bir biçimde hesaplanmasının haklı olduğunu, yukarıda belirtilen genel hayat tecrübesi kuralının kendisi için de geçerli olduğunu gösteren somut delilleri ileri sürmesi gerekir(33). Başka bir deyişle, alacaklın kişisel durumunu, gelirini, malvarlığında gerçekleşen parasal hareketleri, yaptığı yatırımları belirterek, eğer alacağını zamanında alsa idi bu parayı da yatırıma dönüştürme imkânının mevcudiyeti hususunda bir kanaat tesis etmesi gerekir(34). Bütün bu sınırlamalar göz önünde tutulduğunda tacir olmayan şahıslara tanınan ispat kolaylıklarının, ilk bakışta görüldüğünün aksine, hiç de büyük olmadığı görülmektedir.

Acaba yukarıda işaret edilen ispat kolaylıklarından yararlanan alacaklının kanuni temerrüt faizi oranlarını aşan zararının miktarı nasıl tayin edilecektir? Özellikle yoksun kalınan banka faizleri bakımından hangi oran esas alınacaktır? Bu soruna ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi ortalama faiz oranlarının talep edilebileceğini belirtmektedir³⁵. Fakat bunun ile hangi oranın kastedildiği, özellikle yoksun kalınan banka faizi bakımından hangi tür faiz oranlarının esas alınacağı yayınlanan kararlardan tam olarak anlaşılmamaktadır(36).

bb) Bankalar Bakımından

BGB § 288/II hükmüne göre kanuni temerrüt faizini aşan kâr kaybının tazminini talep eden alacaklının bir banka olması halinde, ona gerek uğradığı bu zarar ile borçlunun temerrüdü arasındaki illiyet bağının, gerekse zarar miktarının ispatı bakımından büyük ispat kolaylıkları sağlanmıştır.

Gerçi eski tarihli bazı kararlarda bankaların ellerini geçen bütün paraların tümü-

Staudinger/Löwisch, Rn.12 zu § 288 BGB; **Schmitz**, s.132; **Fergen**, s.69/70. **Kindler**, 5000 DM'lik sınırın alt derece mahkemeler tarafından da esas alındığını bildirmektedir. Ancak yazarın kendisi bunu eleştirmektedir; bkz. **Kindler**, s.271/272, 277/278. İsviçre hukukunda **Weber** 10000 Franklık bir sınırın esas alınabileceğini belirtmektedir; bkz. **Weber**, FS Keller, s.332.

33 Bkz. Örneğin BGHZ 62, 108; BGH 9.4.1981, NJW 1981, s.1732.

34 **Löwisch**, alacaklının kendisinin başka şahıslardan borç aldığıının anlaşılması halinde onun tanınan bu ispat kolaylıklarından yararlanarak, yoksun kaldığı kârı talep edemeyeceğini belirtmektedir; **Staudinger/Löwisch**, Rn.16 zu § 288 BGB.

35 Bkz. Örneğin BGHZ 80, 279; BGH 2.12.1991 s.1224.

36 **Kindler**, s.279. **Fergen**'e göre, faiz miktarının hesaplanmasında ilk planda alacaklının kişisel özellikleri ve alacağın miktarı önemli bir rol oynar. Yoksun kalınan faiz miktarının tipikleştirilmiş bir biçimde hesabı için alacaklının yatırımlarını ne şekilde yaptığını, hangi tür banka hesaplarına sahip olduğunu bildirmesi. Bu bilgilerden, alacaklının alacağını zamanında elde etse idi ne şekilde yatırıma dönüştüreceğine ilişkin bir fikir edinebilir. Ayrıca alacağın konusu, alacaklının yaşam standartlarına nazaran yüksek bir meblağ ise, bu paranın uzun vadeli olarak ve dolayısıyla daha yüksek faiz getiren bir hesaba yatırılacağı kabul edilebilir. Yazara göre eğer alacaklı bu hususlara ilişkin bilgi vermekten kaçınırsa, özel şahıslar için sözkonusu olan en düşük banka faizi oranı ile yetinmek zorunda kalacaktır ki, bu oran da genellikle kanuni temerrüt faizi oranının altındadır. Böyle olunca da alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararı sözkonusu olamayacaktır; bkz. **Fergen**, s.97/98.

nü tekrar kredi olarak kullanılabileceği ve faiz geliri elde edecekleri şeklindeki genel-leştirilmenin doğru olmadığı, zira bankaların kanunen belirli miktarda likit rezervi bu-lundurmamak zorunda oldukları, dolayısıyla borçlunun temerrüdü nedeniyle kanuni te-merrüt faizi oranını aşan bir kayba uğradığını iddia eden bankanın bu hususta ka-naat tesis edecek delilleri ileri sürmesi gerektiği ifade edilmektedir(37). Ancak Alman Federal Mahkemesinin daha sonra verdiği kararlarda bankalar lehine büyük kolay-lıklar tanınmıştır.

Bu konudaki temel karar, Yüksek Mahkemenin 1.2.1974 tarihli kararıdır(38). Bu kararda Federal Mahkemenin yürüttüğü son derece ilginç muhakemeyi kısaca özet-lemek faydalı olacaktır: Yüksek mahkeme bu kararında işe zararın soyut olarak he-saplandığı ticari satımlarla bir paralellik kurarak başlamaktadır. Ticari satımlarda za-rarın soyut olarak hesaplanmasının temelinde, tacirin faaliyet alanına giren işleme-ri sürekli yapma ve gelir elde etme imkânına sahip olduğu varsayımı yatmaktadır. Buna göre tacir sıfatını haiz alıcının, satın aldığı malı tekrar satacağı ve sözleşme-de kararlaştırılan bedel ile malın satılabileceği fiyat(cari fiyat veya borsa fiyatı) ara-sındaki fark kadar gelir elde edeceği kabul edilir. Artık alıcıdan malı kime satacağını ispatlaması beklenmez. İşte bankalar da, para ile çalışırlar ve elde ettikleri paraları faaliyet alanlarında kâr getirici bir biçimde, örneğin başka şahıslarla yeni kredi söz-leşmeleri yapmak suretiyle değerlendirirler(39).

Bu kararda yer alan esaslar Federal Mahkemenin daha sonraki kararları ile de teyid edilmiştir(40). Özellikle 28.4.1988 tarihli karar(41) ile alacaklının ispat bakımın-dan konumu daha da güçlendirilmiştir. Bu kararda alacaklı bankanın, borçlunun te-merrüdü nedeniyle kanuni temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığı iddiasına, ban-kanın kendisine yapılan bütün kredi başvurularını karşıladığı için bir zarara uğrama-dığı, olsa olsa borçlunun ödemede temerrüde düştüğü parayı başka yerden temin etmek için yaptığı masraflar(Refinanzierungskosten) kadar zarara uğradığı ileri sü-rülerek karşı çıkılamayacağı belirtilmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, bankalar, borçlunun ödemede temerrüde düştüğü parayı başka yerden temin etmek zorunda

Grunsky'ye göre ise, kural olarak vadeli hesaplara uygulanan faiz oranların esas alınması mümkündür; bkz. **MünchKomm/Grunsky**, Rn.9b zu § 252 BGB.

37 Bkz. OLG Frankfurt, NJW 1956,360; karşı. Ayrıca **Staudinger/Werner**, 10/11 Aufl., Rn.6 zu § 288 BGB

38 BGHZ 62, 103 vd.

39 BGHZ 62, 105/106.

40 Bkz. BGH 2.12.1982, NJW 1983, s.1423; BGH 28.4.1988, NJW 1988, s.1969; karşı. ayrıca BGHZ 115, 268 vd.; BGH 9.2.1993, NJW 1993, s.1261.

41 NJW 1988, s.1967-1971.

olmadıkları için, onların BGB § 288/II'ye dayanan talepleri, sözkonusu parayı başka yerden temin etme masrafları ile sınırlı tutulamaz(42).

Federal Mahkeme yukarıda işaret ettiğim kararlarında borçlunun, bankanın elde edeceği parayı iddia ettiği oranda gelir getirici bir biçimde yatırıma dönüştürmesi ve bu oranda gelir elde etmesinin somut olayda sözkonusu olamayacağını ispat imkânının mevcut olduğunu vurgulamayı ihmal etmemektedir(43). İlk bakışta bu ifadelerden bankaların munzam zararlarının soyut olarak hesaplanmadığı, sadece onlara fiili karinelere dayanan ispat kolaylıkları tanındığı sonucu çıkarılabilir(44). Ancak borçlu teorik olarak böyle bir imkâna sahip olmasına rağmen, pratikte bunun aksinin ispatı mümkün değildir. **Kindler**, mahkeme içtihatlarında, banka müşterilerinin bu durumun, yani bankaların iddia ettikleri oranda zarara uğramadıklarını ispat edebildikleri bir olayın bilinmediğini belirtmektedir(45). O halde Alman hukukunda bankaların munzam zararlarının fiilen soyut olarak hesaplandığını söylemek mümkündür.

Acaba bankaların yoksun kaldığı faiz oranının miktarı nasıl hesaplanacaktır. Bu sorunun çözümüne ilişkin esaslar da, Federal Mahkemenin yukarıda değinilen 1.2.1974 tarihli kararında yer almaktadır. Federal Mahkeme sadece belirli türde işlem yapan, belli alanlarda uzmanlaşan bankalar ile, değişik işlem türleri yapan bankalar arasında bir ayırım yapmaktadır. Birinci guruba giren bankalar, ticari satımlardaki satıcıya benzetilmektedir. Bu bankalar, temerrüde düşen borçlu ile işlem yapmasa idi, bir başkasına kredi vererek faiz elde edeceğini ispat etmek zorunda olmazdınız, zararını tipikleştirilmiş bir biçimde(46) hesaplanmasını talep edebilir. Buna göre banka borçlu ile yaptığı işlem türü için piyasada geçerli olan ortalama banka faizi oranını talep edebilecektir(47).

42 Bkz. BGH 28.4.1988, NJW 1988, s.1969/1970. Karara konu olan olayda bir banka borçluya % 14,75 faizle kredi açmıştır. Borçlunun daha sonra kredi taksitlerini bazı nedenlerle ödemeyeceğini bildirmesi üzerine banka kredi sözleşmesini feshetmiş ve verdiği krediyi % 14,75 faiz ile geri istemiştir. Federal Mahkeme, bankanın kredi sözleşmesi fesihle sona erdikten sonra artık feshedilen sözleşmede kararlaştırılan faiz oranını talep edemeyeceğini, fesihden sonra sadece kanuni temerrüt faizi oranlarını veya bunun ile karşılanmayan zararının tazminini talep edebileceğini belirtmiştir(bkz. NJW 1988, s.1968), temerrüt faizini aşan kar kaybı bakımından yukarıda belirttiğim ispat kolaylığını tanımıştır.

43 Bkz. Örneğin BGHZ 62, 107; BGH 28.4.1988, NJW 1988, s.1970.

44 Zira eğer zarar somut olarak hesaplanıyor olsa idi, borçlunun alacaklının soyut olarak hesaplanan zarar kadar bir zarara uğramadığını ispat etme imkânına sahip olamaması gerekirdi.

45 **Kindler**, s.274. Karş. Ayrıca, **Schmitz**, s.134; **Emmerich**, FS Giger, s.184 dn.58.

46 Federal Mahkeme zararın tipikleştirilmiş bir biçimde hesabı ile soyut olarak hesabı kavramalarını eş anlamlı olarak kullanmaktadır; bkz. BGH 62, 107. Ancak zararın soyut olarak hesabında borçlunun karşı kanıt getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı mevcut değildir.

47 BGHZ, 62,107; karş. ayrıca **Honsell**, FS.Lange, s.512.

Buna karşılık değiş işlem türleri yapan, yani elde ettikleri paraları değişik şekillerde değerlendiren bankalar bakımından zararın tipikleştirilmiş bir biçimde hesaplanması mümkün değildir. Federal Mahkemeye göre bu bankalar bakımından, bankanın yaptığı işlem türlerinden birinin, hatta düşük faizli cari hesap kredisinin dahi esas alınması mümkün değildir. Bu bankaların yoksun kaldığı faiz gelirleri Alman Usul Kanununun 287. Paragrafı(karş. BK.m.42) uyarınca hakim tarafından takdir ve tahmin edilecektir. Ancak bunun için bankanın takdir ve tahmini mümkün kılacak verileri, örneğin yaptığı işlem türlerini ve uyguladığı faiz oranlarını, mahkemeye sunması gerekir(48). Dolayısıyla bankalar işletmesine ait bazı bilgileri açıklamak zorunda kalacaklardır. Ancak 28.04.1988 tarihli kararı ile Federal Mahkeme bankaları işletmelerine ait bilgileri açıklamak zorunda bırakan bu içtihadından dönmüştür. Bu kararda bankalardan açıklanması istenen tek şey, kredi işlemlerinin aktif faaliyetlerinin tamamı içindeki oranıdır. Daha sonra hakim bankaların kanuni temerrüt faizini aşan zarar olarak talep edebilecekleri ortalama faiz oranını merkez bankasının faiz istatistiklerinden yararlanarak tespit edecektir(49).

1991 yılında Almanya'da Tüketici Kredisi Kanununun çıkması ile birlikte, bu kanunun kapsamına giren kredi sözleşmeleri bakımından sorun büyük ölçüde çözülmüştür. Bu kanunun 11. Paragrafında temerrüt faizi oranı merkez bankasının iskonto oranına ek olarak % 5 olarak düzenlenmiştir.(50) Ayrıca anılan hükme göre borçluya alacaklının bu oranda zarara uğramadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Ayrıca alacaklının da bu orandan fazla bir zarara uğradığını ispat ederek bu ek zararının tazminini talep etmesi mümkündür(51). Alman Federal Mahkemesi 12 Mayıs 1998 tarihli kararında, bankaların Tüketici Kredisi Kanununun kapsamına girmeyen krediler bakımından da yoksun kaldıkları faiz gelirlerini « D + 5 » formülüne göre talep edebileceklerini kabul etmiştir(52).

Alman hukukunda, bankalara tanınan bu ispat kolaylıklarından diğer finans kurumlarının ve sigorta şirketlerinin de yararlanacağı kabul edilmektedir(53). Ayrıca

48 BGHZ, 62, 107-109; **Staudinger/Löwisich**, Rn.16 zu § 288 BGB.

49 BGH 28.4.1988, NJW 1988, s.1970. Aynı şekilde BGHZ 115, 272. Karş. ayrıca **İnzitari**, RabelZ 45(1981), s. 725.

50 Bu oran Alman hukukunda kısaca « D + 5 » olarak anılmaktadır.

51 Alman Federal Mahkemesi bu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki döneme ait bir olayda bir bankanın yoksun kaldığı faiz oranını « D + 5 » formülüne göre hesaplamıştır; bkz. BGHZ 115, 269 vd.

52 Bu karar için bkz. BGH 12.05.1998, XI ZR 79/97, NJW 1998, s.2530/2531= DB 1998, Nr. 34, s.1711-1713= ZIP 1998, Nr. 25, s. 1063-1066= BB 1998, Nr. 27, 1385-1387. Ancak kararda bu esasın bir gayrimenkul rehni ile temin edilen krediler bakımından uygulanmayacağı belirtilmektedir.

53 Bkz. **Staudinger/Löwisich**, Rn.14 zu § 288 BGB ve orada anılanlar.

bankaların bu ispat kolaylıklarından yararlanmak yerine zararlarının somut olarak hesaplanmasını istemeleri de mümkündür(54).

cc) Tacirler Bakımından

Tacirlerin, para alacaklarını borçlunun temerrüdü nedeniyle geç elde etmeleri yüzünden yoksun kaldıkları ve yasal temerrüt faizi oranları ile karşılanamayan gelirler bakımından verilmiş karar sayısı çok azdır. Buna neden olarak, tacirlerin kredi alarak çalıştıklarını, dolayısıyla borçlu temerrüdünün bunlar bakımından kâr kaybına değil, kredi masraflarının artmasına yol açması ve tacirlerin munzam zarar olarak artan bu kredi masraflarını talep etmesi gösterilmektedir(55). Bu konu bir sonraki başlık altında incelenecektir.

Tacirlerin para alacaklarını geç almaları nedeniyle yoksun kaldıkları kâr ile ilgili olarak Alman Federal Mahkemesinin 11.10.1994 tarihli ilginç kararı(56) üzerinde ayrıca durmak gerekir. Karara konu olan somut olayda, davacı bilgisayar ticareti ile uğraşan bir limitet şirkettir. Davacı borçlu tarafından alacağıın zamanında ödenmemesi nedeniyle, kanuni temerrüt faizi oranını aşan bir zarara uğradığını iddia etmiş, merkez bankasının iskonto oranına ek olarak % 5 tazminat talep etmiştir. Davacı buna gerekçe olarak da, borçlunun parayı zamanında ödemesi halinde bu parayı ya gelir sağlayıcı bir biçimde kendi işinde kullanacağını ya da faiz getiren bir yatırıma dönüştüreceğini ileri sürmüştür. Federal Mahkeme zararın bu şekilde soyut olarak hesabının bankalar bakımından geçerli olduğunu, oysa davacının bir banka olmadığını ileri sürerek davacının talebini reddetmiştir. Ret gerekçesi olarak ayrıca, davacının parayı elde etse idi ya kendi işinde kullanacağı ya da faiz geliri elde edeceği biçimindeki iddiasının, onun kanuni temerrüt faizi oranını aşan bir zarara uğradığının kabulü için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Davacının borç zamanında ödenmiş olsa idi elde edeceği kârın tahminini ve takdirini mümkün kılacak herhangi bir veri, bir istinad noktası da mahkemeye sunulmamıştır. Bütün bu gerekçelerle Federal Mahkeme, davacının ticari işler için öngörülen % 5'lik kanuni temerrüt faizi oranını aşan bir talepte bulunamayacağına hükmetmiştir(57).

Alman doktrininde bu karar, bankalar lehine tanınan ispat kolaylıkların tacirlerle de tanınması gerektiği, oysa bu karar ile tacirlerin ispat bakımından tacir olmayanlardan bile daha kötü bir konuma sokulduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir(58).

54 Bkz. **Staudinger/Löwisch**, Rn.14 zu § 288 BGB.

55 Bkz. **Kindler**, s.274; **Staudinger/Löwisch**, Rn.15 zu § 288 BGB.

56 Bkz. BGH 11.10.1994, NJW, s.3344 vd.

57 Bkz. BGH 11.10.1994, NJW, s.3345/3346.

58 Bkz. **Kindler**, s.286. **Fergen**, tacirlerin mahkemeye zararlarının tespitini mümkün kılacak herhangi bir veri sunmaması halinde dahi, bunların üç aya kadar vadeli hesaplara uygulanan ortalama faiz oranlarını talep edebilmesi gerektiği kanısındadır; bkz. **Fergen**, s.96.

b) Artan Kredi Masrafları

Para alacağını zamanında borçludan alamayan alacaklı, bu açığı kapatmak için üçüncü bir şahıstan ve özellikle bir banka veya finans kurumundan kredi almış olabilir. Bunun için alacaklı bazı masraflar yapar ve genellikle kanuni temerrüt faizi oranlarından fazla kredi faizi öder. Alacaklının bu yüzden uğradığı zararın BGB § 288 anlamında temerrüt faizi ile karşılanmayan zarar olduğu noktasında tereddüt yoktur(59). Bu durumda ispatı gereken üç husus vardır. Bunlardan ilki, alacaklının borçlanması, ikincisi alacaklının borçlanması ile borçlunun temerrüdü arasında illiyet bağı bulunması, ve nihayet alacaklının uğradığı zarar miktarıdır.

Birinci hususun, yani alacaklının borçlandığının ispatı bakımından alacaklının tacir olmayan bir kişi olması durumu ile alacaklının tacir, büyük bir işletme veya devlet işletmesi olması durumunu birbirinden ayırarak incelemek gerekir. Alman hukukunda tacir olmayan kişilerin borç altına girdiklerini somut olarak ispat etmeleri aranmaktadır. Bu konuda herhangi bir ispat kolaylığı tanınmamıştır(60). Tacirler, büyük işletmeler ve devlet işletmeleri bakımından ise 1960'lardan itibaren borçlanma olgusunun somut olarak ispatı aranmamaktadır. Federal Mahkeme 1966 yılında verdiği bir kararda, tacirlerin genellikle cari hesap kredisi ile çalıştığını bir genel hayat tecrübesi kuralı olarak kabul etmiştir(61). Bu uygulama bazı yazarlar tarafından olumlu bulunmakla beraber aynı kolaylığın tacir olmayan kişilere tanınmaması noktasından(62), diğer bazı yazarlar tarafından ise bu yönde bir ispat kolaylığı her iki kategoriye giren alacaklılar bakımından da gereksiz bulunduğu için eleştirilmiştir(63).

İkinci hususun, yani alacaklının borçlanması ile borçlunun temerrüdü arasındaki illiyet bağının ispatı bakımında da ilk zamanlar alacaklıya herhangi bir ispat kolaylığı tanınmamıştır. Alacaklının, borçlu ödemede temerrüde düştüğü için borçlandığını, borçlu borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi kredi almayacağını somut olarak ispatı aranmıştır(64). İlk olarak 26.1.1965 tarihli kararı ile Alman Federal Mahkeme-

59 Schmitz, s.137; MünchKomm/Thode, Rn.24 zu § 288 BGB; Soegel/Wiedemann, Rn.20 zu § 288 BGB; Staudinger/Löwisch, Rn.19 zu § 288 BGB; Kindler, s.287; Fergen, s.7.

60 Bkz. LG Koblenz 7.9.1990, NJW-RR, s.172(Kindler, s.288'den naklen); Schmitz, s.137; Staudinger/Löwisch, Rn.20 zu § 288 BGB; yazar alacaklıya bunun için bir ispat kolaylığı tanınmasını gerektirecek bir sebebin bulunmadığını, esasen bunun ispatının çok kolay olduğunu belirtmektedir; başka görüşte Kindler, s.288/299.

61 Alman Federal Mahkemesinin 23.2.1966 tarihli yayınlanmamış bu kararı için bkz. Kindler, s.288 dn.165. Bkz. Ayrıca BGH 26.1.1965, VersR1965, s.481; BGH 26.10.1983, NJW 1984, s.371; Kammergericht 12.4.1973, VersR 1974, s.37; OLG Hamm 18.4.1978, VersR 1979, s.192; Soegel/Wiedemann, Rn.24 zu § 288 BGB

62 Bkz. Kindler, s.288/299; Trimbach/Webert, NJ 1998, s.342.

63 Bkz. Staudinger/Löwisch, Rn.20 zu § 288 BGB.

64 Bkz. BGH 29.10.1952, NJW 1953, s.337; OLG Frankfurt 4.11.1955, NJW 1956, s.360; Kammergericht

si, büyük işletmeler, tacirler ve kamu işletmeleri bakımından bu şekilde somut ispat zorunluluğunu aramaktan vazgeçmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, gerçi bu şahısların alacaklı oldukları miktarı zamanında elde edememeleri hemen bu miktar için kredi almalarını gerektirmez. Ancak bunlar eğer bütün alacaklarını zamanında elde etselelerdi, ihtiyaç duyacakları kredi miktarında bir azalma meydana gelecekti(65). Ayrıca borçluya, borcunu zamanında ifa etse idi dahi alacaklının borçlanacağını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır(66). Görüldüğü gibi, alacaklıya tanınan ispat kolaylığı zararın soyut olarak hesaplanması noktasına varmıştır. Buna karşılık tacir olmayan alacaklıların, borçlunun temerrüdü ile kredi almaları arasında illiyet bağı olduğunu ispat etmeleri gerekir. Bu şahıslar bakımından sadece temerrüdün devam ettiği esnada kısa vadeli bir kredi almış olmaları halinde, bunun borçlunun temerrüdü nedeniyle yapıldığını ispat etmeleri aranmamaktadır(67). İlliyet bağının ispatı bakımından özel şahıslar ile tacirler, büyük işletmeler ve kamu kurumları arasında yapılan bu ayrıma, alacaklının borçlunun temerrüde düşmesinden önce borçlanması halinde de rastlanmaktadır. Özel (tacir olmayan) şahıslardan, borçlu borcunu zamanında ifa etse idi bununla kredi borcunun ödeneceği ve fazladan faiz ödenmeyeceği şeklindeki iddialarını somut olarak ispat etmeleri beklenirken, tacirler, büyük işletmeler ve kamu işletmeler bakımından somut olarak ispat aranmamakta, bunun bir genel hayat tecrübesi kuralı olduğu kabul edilmektedir(68).

Nihayet zararın ispatı bakımından da özel şahıslar ile tacirler, büyük işletmeler ve kamu işletmeleri arasında bir ayırım yapılmaktadır: Özel şahıslar zararlarını somut olarak ispat zorundadır(69). Oysa tacirler, büyük işletmeler ve kamu işletmeleri ba-

24.4. 1957, NJW 1957, s.1562; OLG Köln 9.1.1969, NJW 1969, s.1388; BGH 17.4.1978, WM 1978, s.617; BGH 13.6.1978, WM 1978, s.1172(son iki karar **Kindler**, s.289, dn.171'den naklen).

65 Bkz. BGH 26.1.1965, VersR 1965, s.481. Karş.ayrıca BGH 12.12.1990, NJW-RR 1991, s.794; bkz. ayrıca **Schmitz**, s.138 dn.20 ve 261'de anılan kararlar.

66 **Schmitz**, s.137/138; **Kindler**, s.290; **MünchKomm/Thode**, Rn.26 zu § 288 BGB; **Staudinger/Löwisch**, Rn.21 zu § 288 BGB; **Soergel/Wiedemann**, Rn.22 zu § 288 BGB.

67 Bkz. **MünchKomm/Thode**, Rn.26 zu § 288 BGB; **Staudinger/Löwisch**, Rn.21 zu § 288 BGB; **Schmitz**, s.139. Buna karşılık **Kindler**'e bakılırsa Alman Federal Mahkemesi de 26.10.1983 tarihli kararı (NJW 1984, s.372) ile tacir olmayan şahıslar bakımından da borçlanma ile temerrüt arasındaki illiyet bağının ispatını artık aramamaktadır; bkz. **Kindler**, s.290/291.

68 Bkz. **Kindler**, s.292/293 ve orada dn.184 ve 186'da anılan kararlar; karş. ayrıca **MünchKomm/Thode**, Rn.25 zu § 288 BGB. Buna karşılık bazı yazarlar alacaklının borçlunun temerrüdünden önce borçlanması halinde kanuni temerrüt faizini aşan zarar probleminin ortaya çıkmayacağı kanısındadır; bkz. **Staudinger/Löwisch**, Rn.20 zu § 288 BGB; **Schmitz**, s.138.

69 **Kindler**, s.295; yazar bu ispatın kural olarak bankadan alınacak bir yazı ile yapılabileceğini, fakat bununun tek başına ispat için bazı durumlarda yeterli olamayabileceğine işaret etmektedir.

kımından bu derece sıkı ispat koşulları aranmamakta, bu guruba giren alacaklıların zararlarının hakim tarafından takdir edileceği ve en azından ortalama banka faizi oranlarını talep edebilecekleri kabul edilmektedir(70).

C. Avusturya Hukukunda

Avusturya Medeni Kanununun 1333. paragrafında para borçlarında temerrüde düşen borçlunun kanunda belirtilen faiz oranını ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Ancak bu faiz oranının miktarı Avusturya Medeni Kanununda değil, Faiz Kanununun(ZinsG)(71) 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre faiz oranı % 4'tür. Her iki tarafın tacir olması durumunda faiz oranı Avusturya Ticaret Kanununun 352. paragrafında % 5 olarak öngörülmüştür. Rücu hakkı çerçevesinde ödenmesi gereken faiz oranı çeklerde ve poliçelerde % 6 olarak öngörülmüştür.(Art. 45 ScheckG(72); Art. 48 WechselG(73).

Avusturya Medeni Kanununda, alacaklının, borçlunun temerrüdü nedeniyle kanuni temerrüt faizi oranlarını aşan oranda bir zarara uğraması halinde, bu zararlarının da tazminini talep edip edemeyeceği sorunu düzenlenmemiştir. Başka bir deyişle BK.m.105, OR.Art.106, BGB § 288 hükümlerine benzer bir düzenlemeye Avusturya Medeni Kanununda rastlanmaz.

Doktrinde ise borçlunun temerrüdü, ilki objektif temerrüt, yani borçlunun kusurlu olmadığı temerrüt durumu, ikincisi subjektif temerrüt, yani borçlunun kusurlu olduğu temerrüt durumu olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir(74). Objektif temerrüt durumunda alacaklı yukarıda belirtilen faiz oranları ile yetinmek zorundadır: Buna karşılık subjektif temerrüt durumunda alacaklı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararlarının tazminini genel hükümlere göre talep edebilir. Bunun için alacaklının kanuni temerrüt faizini aşan zararını ve bu zararın borçlunun temerrüdünden kaynaklandığını ispat etmesi gerekir(75).

Borçlunun temerrüdü esnasında paranın alım gücünde meydana gelen düşüşlerin tazmininin talep edilip edilemeyeceği sorununa gelince: Avusturya doktrininde sorun, subjektif temerrüt durumunda alacaklının zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmesi kaydıyla olumlu cevaplandırılmaktadır(76). Avusturya Yüksek

70 Bkz. **Kindler**, s.296/297 ve orada dn.204' de anılanlar.

71 RGBI.Nr. 62/1868.

72 BGBl. Nr. 50/1955.

73 BGBl. Nr. 49/1955.

74 Geniş bilgi için, **Koziol/Welser**, s.240 vd.; **Ehrenzweig/Mayrhofer**, s.367 vd

75 Bkz. **Koziol/Welser**, s.223/224; **Klang/Wolf**, s.178/179; **Klang/Stanzl**, s.760. Daha geniş bilgi için bkz. **Giltschthaler**, ÖJZ 1984, s. 233 vd.; **Jud**, FS.Ostheim, Wien 1990, s.113 vd.

76 Bkz.; **Klang/Wolf**, s.179/180; karşı. ayrıca **Koziol/Welser**, s.222.

Mahkemesi 1923 tarihli bir mütaalasında, temerrüt faizi ile karşılanmayan diğer zararlar gibi, paranın satın alma gücünde meydana gelen zararların tazmininin talep edilemeyeceğini, bu yüzden bir tazminatın olsa olsa borçlunun ağır kusurunun bulunması durumunda sözkonusu olabileceğini belirtmektedir(77). Ancak Yüksek Mahkeme 24.3.1998 tarihli son kararında bu içtihadından dönmüş ve kanuni temerrüt faizi oranı aşan zararın, borçlunun hafif ihmali halinde dahi talep edilebileceğine hükmetmiştir(78).

D) İtalyan Hukukunda

1942 tarihinde Yeni İtalyan Medeni Kanununun(Codice civile) yürürlüğe girmesi ile birlikte faiz bakımından adi işlerle ticari işler arasında yapılan ayırım kaldırılmış ve her ikisi ortak kurallara tabi tutulmuştur(Art.1224; 1282 cc.)⁷⁹. Hem adi işler hem de ticari işler bakımından kanuni faiz oranı İtalyan Medeni Kanununun 1284. maddesinde % 5 olark öngörülmüş idi(80). Ancak 1990 yılında yapılan bir değişiklik ile faiz oranı % 10'a çıkarılmıştır(81).

İtalyan Medeni Kanunun 1224. maddesinin ikinci fıkrasında, temerrüdün devamı esnasında yukarıda belirttiğim orandan fazla bir zarara uğrayan alacaklıya bu zararının tazminini talep etme hakkı tanınmıştır(82). Borçlunun temerrüdü nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen düşüşlerin bu hüküm kapsamında tazminat olarak talep edilip edilemeyeceği sorunu bir dönem İtalyan mahkemelerini de meşgul etmiştir. İlk zamanlar böyle bir tazminat talepleri sıkı ispat koşullarına bağlanmış idi. Buna göre alacaklının, borçlunun ödemede temerrüde düştüğü parayı zamanında alsa idi ne şekilde değerlendireceğini ve böylece enflasyonun olumsuz etkilerinden kurtulacağını ispat etmesi gerekir. Alacaklının parayı zamanında alsa idi örneğin gayrimenkule yatıracağı şeklindeki iddiası yeterli görülmemiş, buna ek olarak bunun için bazı ön hazırlıklar, örneğin bir ön sözleşme yaptığını ispat ederek sözkonusu paranın enflasyondan etkilenmeyecek bir biçimde yatırıma dönüştüreceği-

77 Buna karşılık ticari işler bakımından kusurun ağır olması aranmamaktadır; bu mütalaa için bkz. SZ 5/53(Apathy, JBl 1995, s.248'den naklen). Karş. ayrıca Jbl.1976, s.473; SZ 41/166; SZ 63/114; JBl 1990, s.321. Bu içtihadın eleştirisi için bkz. Apathy, JBl 1995, s.248; Giltshthaler, OIZ 1984, s.233; Jud, FS.Ostheim, s.113 vd.; Ehrenzweig/Mayrhofer, s.371.

78 OGH, 24.3.1998, - 1 Ob 315/97y, JBL.1998, s.312-320; aynı karar için bkz. ayrıca ÖJZ 1998, Nr. 14, 15, s. 565-567.

79 Kindler, s.61.

80 Basedow, ZHR 143(1979), s.327 dn.46; Kindler, s.71.

81 Berger, RabelZ 61(1997), s.323; Kindler, s.75. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. aynı yazar, Zur Anhebung des gesetzlichen Zinssatzes in Italien, RIW 1991, s.304 vd.

82 İnzitari, s.RabelZ 45(1981), s.727; Kindler, s.62, 72,7683.

nin muhtemel olduğuna dair bir kanaat tesis etmesi aranmıştır(83).

İlk defa 30.11.1978 tarihli kararı ile İtalyan Temyiz Mahkemesi (Corte di Cassazione) 3. Dairesi enflasyon olgusunu ekonomik anlamı ile değerlendirmiş ve enflasyon nedeniyle paranın değerinde meydana gelen düşüşü somut ve fiili bir zarar olarak nitelendirmiştir. Alacaklının enflasyon oranında tazminat talep edebilmesi için, sözkonusu parayı enflasyonun etkilerinden koruyacak bir şekilde değerlendireceğini ispat etmesi aranmamıştır.(84) Daireler arasında meydana gelen görüş uyumsuzlukları sonucu, sorun İtalyan Temyiz Mahkemesi İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından yeniden incelenmiştir. Üçüncü dairenin kararından farklı olarak, alacaklıya her halükârda enflasyon oranında tazminat tanımak yerine, ona fiili karinelere, malum ve meşhur vakıalara dayanmasına müsaade etmek suretiyle ispat kolaylıkları tanınmıştır(85).

E. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda temerrüt faizi oranı değişik zamanlarda değişik miktarlarda belirlenmiştir. Fransız Medeni Kanununun 1907. Maddesinde kanuni faiz oranının çıkarılacak özel bir kanunla belirleneceği öngörülmüştür. Bu konuda ilk kanun 3.9.1807 tarihinde çıkarılmış ve faiz oranı adi işlerde % 5, ticari işlerde % 6 olarak belirlenmiştir. Daha sonra 7.4.1990 tarihinde çıkarılan kanunla adi işlerde % 4'e, ticari işlerde % 5'e düşürülmüş, 1918 tarihinde tekrar adi işlerde % 5'e, ticari işlerde % 6'ya çıkarılmış, 1935 yılında yeniden adi işlerde % 4, ticari işlerde % 5'e düşürülmüştür(86).

Ancak piyasa faizlerinin bu oranın çok üzerinde seyretmesi çeşitli sorunlara yol açmıştır. Bu düşük faiz oranları borçluları adeta borçlarını ödememeye teşvik etmiştir. Borçlular borçlarını zamanında ödeme yerine borçlandıkları parayı kendi adlarına temerrüt faizi oranlarından oldukça yüksek faizlerle değerlendirmek yoluna gitmişlerdir. Buna bir de borçlu aleyhine açılan davaların oldukça uzun bir sürede tamamlanması eklenince alacaklıların hukuki konumu bir kat daha kötüleşmiştir(87).

Bu durumu düzeltmek için kanun koyucu şurayı devlete davanın açıldığı andan

83 Bkz. **İnzitari**, RabelZ 45(1981), s.727 ve orada dn.82,83 ve 85'de anılan kararlar.

84 Cass. 30.11.1978, Nr.5670(**İnzitari**, RabelZ 45(1981), s.727'den naklen); **Basedow**, ZHR 143(1979), s.328.

85 Cass. 4.7.1979, Nr.3376; bkz. ayrıca Cass. 25.10.1979, Nr.5572(her iki karar da **İnzitari**, RabelZ 45(1981), s.728 ve orada dn. 37,38'den naklen). Hemen belirtelim ki İtalyan hukukuna ilişkin açıklamalarımızın dayandığı **İnzitari**'nin çalışması 1981 tarihlidir. O tarihten bu güne İtalyan Temyiz Mahkemesinin içtihatlarında bir değişiklik olup olmadığı hakkında bilgi sahibiyiz.

86 **Kindler**, s.229.

87 **Kindler**, s.230.

itibaren işleyecek bir yargılama faizi belirleme yetkisi vermiştir. Bu yetki sadece 5.8.1959 tarihli kararname ile kullanmış ve yargılama faizi oranlarını bir puan arttırarak adi işlerde % 5'e ticari işlerde % 6'ya çıkarılmıştır(88). Ancak bu düzenleme de borçluları borçlarını sorun mahkemeye intikal etmeden ödemelerini teşvik için yeterli olmamıştır. Çünkü yükseltilmiş olmasına rağmen yine de o zamanki piyasa faiz oranlarının(% 14-18) çok altında idi.

1972 yılında çıkarılan bir kanunla bu kez yargılama faizi oranlarının iki katı oranında kesinleşmiş hükmün tebliğinden itibaren işleyecek bir faiz oranı öngörülmüştür. Buna göre hükmün kesinleşmesinde itibaren adi işlerde temerrüt faizi oranı %10'a, ticari işlerde % 12'ye çıkmıştır. Bu uygulama da bazı karışıklıklara yol açmıştır. Zira borçlunun temerrüdü halinde üç farklı faiz oranı sözkonusu olacaktır: Adi işlerde dava açılana kadar %4, davanın devam ettiği sürece % 5, hükmün kesinleştiği andan itibaren % 10; ticari işlerde dava açılana kadar % 5, dava devam ettiği sürece % 6, hükmün kesinleşmesinden itibaren % 12(89).

Bunun sonucu olarak Fransız Kanun Koyucusu 1975 yılında faiz sorununu yeniden ele alma durumunda kalmıştır. 11.7.1975 tarihinde çıkarılan kanun(loi no.75/619) ile alacaklının durumu önemli ölçüde iyileştirilmiştir. Bu kanunun en önemli özelliklerinden biri faiz oranları bakımından adi işlerle ticari işler arasında yapılan ayrıma son vermesidir(90). İkinci önemli özelliği, faiz oranlarını sabit bir biçimde belirlemek yerine piyasa şartlarını da göz önünde tutan esnek oranların öngörülmesidir. 1975 tarihli faiz kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrasına göre faiz oranı ilgili yıl için bir önceki yılın Aralık ayının 15'inde Fransız Merkez Bankasının(Banque de France) uyguladığı iskonto oranı kadardır. Eğer 15 Haziran tarihinde merkez bankasının iskonto oranı üç veya daha fazla puan artmış ise yasal faiz oranı ilgili yılın ikinci yarısı için bu yeni iskonto oranı kadardır(91). 1975 tarihinden faiz oranlarının yeniden değiştiği 1989 yılına kadar Fransız hukukunda yasal faiz oranları şu şekilde seyretmiştir:

88 Basedow, ZHR 143(1979), s.330; Kindler, s.230.

89 Basedow, ZHR 143(1979), s.330; Kindler, s.230/231.

90 Basedow, ZHR 143(1979), s.330; Kindler, s.232; Schmitz, s.159; İnzitari, RabelZ 45(1981), s.726.

91 Basedow, ZHR 143(1979), s.330; Kindler, s.230; Schmitz, s.159; İnzitari, RabelZ 45(1981), s.726/727; Türk, H.S., Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemi İle Hesaplanabilir mi?, X. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s.160; aynı yazar, Kambiyo Senetlerinde Temerrüt Faizi, XI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s.235. Ayrıca bu kanunun üçüncü maddesinde hüküm faizi farklı düzenlenmiştir. Bu hükme göre borçlunun borcunu ödemeye mahkum eden kararın geçici de olsa icrai kabil olduğunun açıklanmasından sonra işlemeye başlayan iki aylık sürenin dolmasından itibaren faiz oranı,yukarıda belirtilen faiz oranından beş puan fazla olarak hesaplanır.

1975 yılının ikinci yarısı	% 9,5
1976	% 8
1979	% 10,5
1978-14.7.1989	% 9,5(92)

1980'li yıllarda gerek Fransız parasının değerindeki düşmelerin yavaşlamasına, gerekse piyasa faizlerinin düşmesine rağmen merkez bankasının iskonto oranlarında bir değişiklik olmamıştır. Başka bir deyişle süreç bu kez tersine dönmüş ve borçlular piyasa faizlerinin üzerinde temerrüt faizi ödemek zorunda kalmışlardır. Borçluyu korumak için kanun koyucu tekrar müdahale etmek gereği duymuş ve 1975 tarihli faiz kanununun 1. maddesi 23.6.1989 tarihli kanunla(loi no.89/421) değiştirilmiştir. Faiz kanununun 1. maddesinin birinci fıkrasında bir takvim yılı süresi için geçerli olacak faiz oranlarının kararname(décret) ile belirleneceği belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, belirlenecek oranın son on iki ay içerisinde yapılan 13 hafta vadeli hazine bonosu ihalelerine uygulanan faiz oranlarının aritmetik ortalamasına eşit olacağı belirtilmektedir(93).

Bu kanun değişikliğinden sonra çıkarılan kararnamelerde yasal faiz oranları şu şekilde belirlenmiştir:

15.7.1989-31.12.1989	% 7.82
1990	% 9,36
1991	% 10,26
1992	% 9,69
1993	% 10,42(94)

92 **Kindler**, s.230; **Schmitz**, s.159.

93 Fransız hukukuna ilişkin bütün açıklamalarımızda olduğu gibi bu hükmün tercümesinde de Almanca kaynaklardan yararlanılmıştır. 1989 tarihli kanunla değiştirilen Fransız Faiz Kanununun 1 maddesinin Almanca tercümesinde, anlam itibariyle aynı olmakla beraber, farklı metinlere rastlanmaktadır(bkz. örneğin **Kindler**, s.235 dn.60; daha farklı bir tercüme için benim elde edemediğim **Strömer/Le Fevre**'nin EUZW 1992 sayısında yayınlanan makalesinden alıntı yapan **Schmitz**, s.159). Bu nedenle anılan hükmün Fransızca orijinalini aktarmak faydalı olacaktır: "Le taux de l'intérêt légal est, en toute matière, fixé par décret pour la durée de l'année civile.

Il est égal, pour l'année considérée, à la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudication de bons Trésor à taux fixe à treize semaines".

94 **Kindler**, s.236.

Bu tablodan da anlaşılacağı gibi, yeni belirlenen faiz oranları eskisinden çok fazla farklı olmadığı için borçluların korunması amacına ulaşılabildiğini söylemek güçtür(95).

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak, Fransız hukukunda para borcunu ödemede temerrüde düşen borçlu kural olarak yukarıda belirtilen kanuni temerrüt faizi oranlarını ödemekle yükümlüdür. Fransız Medeni Kanununun 1153. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, borçludan karşı kanuni faizi oranlarını aşan bir tazminat talep edilebilmesi ancak onun kötü niyetli olması halinde sözkonusu olabilir(96).

F. Viyana Satım Sözleşmesinde,

Ülkemizin henüz kabul etmediği, -kabul etmediği gibi(97) maalesef henüz hemen hemen hiç tartışmadığı-, 1980 tarihli Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesinin 78. Maddesinde faiz problemi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, satış bedelini veya muaccel olan başka bir meblağı ödemeyen taraflar, başkaca tazminat talepleri saklı kalmak kaydıyla, faiz ödemek zorundadır. Bu hükmün en önemli özelliği, faiz ödeme yükümlülüğünün başlayabilmesi için borçlunun bir ihtarla temerrüde düşürülmüş olması şartını aramamasıdır. Başka bir deyişle, faiz ödeme yükümlülüğünün başlayabilmesi için, borçlunun borcunu vadesinde ödemesi yeterlidir(98).

Viyana Satım Sözleşmesinde ödenmesi gereken bu faizin oranı belirlenmemiştir(99). Bunun sonucu olarak taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak ülke hukukundaki faize ilişkin düzenleme esas alınacaktır(100). Oysa Viyana Sözleşmesi

95 **Kindler**, s.236. Ancak daha sonra çıkarılan bazı kanunlarda borçluyu koruyucuyu hükümler öngörülmüştür. Örneğin 31.12.1989 yılında çıkarılan kanunda, tüketicilerin temerrüdü halinde, hakime bu oranların altında faize hükme yetkisi verilmiştir. Yine 9.7.1991 tarihli kanun ile 1975 tarihli Faiz Kanununun üçüncü maddesinde hüküm faizine ilişkin olarak bir ek yapılmıştır. Buna göre borçlunun borcunu ödemeye mahkum eden kararın geçici de olsa icrai kabil olduğunun açıklanmasından sonra işlemeye başlayan iki aylık sürenin dolmasından itibaren faiz oranı, yukarıda belirtilen faiz oranından beş puan fazla olarak hesaplanır. Ancak icra hakimi borçlunun veya alacaklının talebi üzerine ya da borçlunun durumunu göz önünden tutarak borçluyu bu ek faizi ödemekten kısmen veya tamamen kurtarabilir; bütün bu açıklamalar için bkz. **Kindler**, s.236/237.

96 Bkz. **Kindler**, s.228/229; **Berger**, RabelZ 61(1997), s.323; **Basedow**, ZHR 143(1979), s.328.

97 Viyana Satım Sözleşmesini 1.1.1997 tarihi itibarıyla, aralarında Moldovya, Küba, Gürcistan, Irak ve Suriye'nin de bulunduğu(!) 45 ülke kabul etmiştir; bkz. **Magnus**, ZeuP 1997, s.825.

98 Bkz. **Weber**, BTJP 1990, s.208.; **Kindler**, s.98.

99 Bunun çeşitli sebepleri vardır: Bir yandan sözleşmenin hazırlık aşamalarında İslam ülkelerinin faize kategorik olarak karşı çıkmaları, öte yandan bazı ülkelerin faiz oranının miktarı üzerinde anlaşamamaları, keza satıcının mı, yoksa alıcının ülkesindeki faiz oranlarının mı esas alınacağı sorunu üzerindeki anlaşmazlıklar, Viyana Satım Sözleşmesinin 78. maddesinin bu şekilde kısa kaleme alınmasına etken olan başlıca sebeplerdir; bkz. **Kindler**, s.97 dn.12 ve s.247, dn.112..

100 **Magnus**, ZeuP 1997, s. 846; **Weber**, BTJP 1990, s.208.

ile yürürlükten kalkan 1964 tarihli Lahey sözleşmesinde faiz oranı esnek bir biçimde belirlenmiştir. Lahey Sözleşmesinin 83. maddesine göre, alıcının satım bedelini zamanında ödememesi halinde, satıcı ikâmetgahının, o yoksa mutad meskenin bulunduğu ülkedeki resmi iskonto oranına ek % 1 faiz talep etme hakkına sahip idi.

Viyana Satım Sözleşmesine göre, alacaklının temerrüt faizi oranından daha fazla bir zarara uğraması halinde, borçlunun kusurlu olması ve bu aşkın zararın borçlu tarafından öngörülmesi(VSS.m.74) şartıyla, alacaklı bu zararının tazminini de talep edebilir(101). Alacaklı özellikle, hukuklarında faizi yasaklayan veya çok düşük faiz oranları öngören ülke hukuklarının yetkili olması halinde, örneğin aldığı kredi için ödediği faiz miktarını yukarıda belirttiğim şartlar çerçevesinde tazminat olarak talep edebilecektir(102).

G). Yeknesak Bir Sözleşme Hukuku Oluşturma Çabaları Çerçevesinde Ortaya Çıkan Metinlerde(103)

Bu metinlerden ilki, Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu(104) tarafından yayınlanan "Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Kuralları"(The Principles of European Contract Law)(105), diğeri ise Roma'daki "UNIDROIT" tarafından yayınlanan "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları"(The Principles of International Commercial Contracts)(106) dır.

101 **Staudinger/Magnus**, Rn.19 zu Art.78 CISG; **Weber**, BTJP 1990, s. 208; **Kindler**, s.100,102 ve 248.

102 **Weber**, BTJP 1990, s.208.

103 Bu metinlerin amacı, içeriği ve ihtiva ettiği düzenlemeler hakkında genel bilgi için bkz. **Zimmermann**, R., Konturen eines Europäischen Vertragsrecht, JZ 1995, s.479 vd.; **Kirchner**, C., Europäisches Vertragsrecht, Weyers, H.L.(hrsg), Baden-Baden 1997, s. 103 vd.; **Wolf**, S., Unidroit Principles: Grundregeln der internationalen Handelsverträge, recht 1998, s.83 vd.

104 Bu komisyon, başkanı olan Hollandalı profesör O.Lando'nun ismiyle "Lando Komisyonu" olarak anılmaktadır.

105 Bu metnin Almanca çevirisi için bkz. ZeuP 1995, s.864 vd.; bu kuralların 1996 versiyonunun İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2en.html>.

106 Bu metnin Almanca çevirisi için bkz. ZeuP 1997, s.890 vd.; Bu metnin amacı dibace kısmında şu şekilde belirtilmektedir: " Bu temel kurallar milletlerarası ticari sözleşmelere dair kurallar ihtiva eder.

Bu kurallar, tarafların yaptıkları sözleşmenin bu temel kurallara tabi olacağını kararlaştırmaları halinde uygulanır.

Bu kurallar, tarafların yaptıkları sözleşmenin „temel hukuk esaslarına“ „lex mercatoria“ veya benzerlerine tabi olacağını kararlaştırmaları halinde uygulanabilir.

Bu kurallar, uygulanması gereken hukukun ilgili kurallarının belirlenmesinin mümkün olmadığını anlaşılması halinde, ortaya çıkan probleme bir çözüm sunabilir.

Bu kurallardan, milletlerarası yeknesak kuralları yorumlamak ve tamamlamak için yararlanılabilir. Bu kurallar, milli veya milletlerarası kanun koyucuya model olarak hizmet edebilir. "

1) Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Kurallarında

Faiz ve faizi aşan zarar problemi, Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Kurallarının Art. 4.507 hükmünde(107) düzenlenmiştir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre, alacaklı ödemenin gecikmesi halinde, borcun muaccel olduğu andan itibaren ifa yerindeki ticari bankaların birinci sınıf müşterilerine uyguladığı kısa vadeli kredi faizi oranını temerrüt faizi olarak talep edebilir. Bu hükümde ne faiz ödeme yükümlülüğün başlaması için ihtar şartı aranmıştır, ne de ticari işler ile adi işler arasında bir ayırım yapılmıştır(108).

Anılan hükmün ikinci fıkrasında, alacaklının fiilen bu faiz oranından fazla bir zarara uğraması halinde, borçlunun bu zararı öngörmesi(Art.4.503)(109) ve alacaklının müşterek kusurunun bulunmaması(Art.4.504)(110) şartıyla, alacaklı bu zararlarının tazminini de talep edebilir. Faiz oranları ile karşılanmayan zararlara örnek olarak, alacaklının yoksun kaldığı kâr, sözleşme konusu paranın alım gücünde meydana gelen düşüşler ve kur farkından doğan kayıplar gösterilmektedir(111),

2) Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kurallarında

Faiz ve faizi aşan zarar problemi Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kurallarının Art.7.4.9 hükmünde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Avrupa Sözleşme Hukukunun temel Kurallarında yer alan ve biraz önce kısaca değindiğimiz düzenlemeye oldukça benzemektedir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kurallarının Art.7.4.9 hükmüne göre para borcunun ödenmesinde temerrüt halinde alacaklı, borcun muaccel olduğu andan itibaren ödeme yerinde birinci sınıf kredi müşterilerine uygulanan kısa vadeli kredi faizi oranında faiz talep edebilir.

Anılan hükmün 3. fıkrasında, alacaklının, bu faiz oranından fazla bir zarara uğraması halinde bu metinde yer alan genel hükümlere göre bu zararının tazminini de talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bunun için özellikle, sözkonusu zararın borçlu tarafından öngörülebilir olması(Art.7.4.4) ve alacaklının müşterek kusurunun bulunmaması (Art.7.4.7 ve Art. 7.4.8) gerekir.

107 Aynı sorun metnin 1996 versiyonunda Art.9.508'de düzenlenmiştir. Madde numaraları değişmiş olmasına rağmen her iki hükmün de içeriği ve lafzı aynıdır.

108 **Kindler**, s.115 ve 252.

109 Metnin 1996 versiyonunda Art.9.503.

110 Metnin 1996 versiyonunda Art.9.504.

111 **Kindler**, s.253.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAN ÇIKARILAN SONUÇLAR IŞIĞINDA TÜRK HUKUKU İÇİN ÖNERİLER

A) Sorunun Kaynağı

Gerek ülkemizde, gerekse yukarıda incelediğimiz hukuk düzenlerinde munzam zarar sorununun bu denli karmaşık bir hal almasının sebebi, kanunlarda öngörülen faiz oranlarının ekonomik gerçekler ile bağdaşmamasıdır. Bu durum hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde, borçlunun kusurundan ve alacaklının fiilen bir zarara uğraması şartından bağımsız olarak öngörülen temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden beklenen yararların elde edilememesine yol açmıştır. Bilindiği gibi temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün en önemli işlevlerinden biri, alacaklının alacağını zamanında elde edememesi nedeniyle yoksun kaldığı kazançları veya bu yüzden uğradığı zararları asgari ölçüde karşılamaktır(112).

Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün bu gün belki biraz daha ön plana çıkarılması gereken amacı temerrüdü önleme amacıdır(113). Bunun ile toplumdaki ödeme ahlakının yükseltilmesi amaçlanır. Faiz oranı borçluyu zamanında ifaya mecbur edecek yükseklikte olmalıdır. En azından borcun ödenmemesini teşvik etmemelidir.

Toplumdaki ödeme ahlakının yüksek olması sadece münferit alacaklılara yarar sağlamaz; bundan bütün toplum olumlu bir biçimde etkilenir. Alacağını zamanında elde eden bir alacaklı faiz kaybına uğramayacağı için bunu kendi fiyatlarına yansıtmayacak ve alacaklının borçlarına sadık diğer müşterileri bundan olumsuz olarak etkilenmeyecektir(114). Yine ödeme ahlakının yüksek olduğu bir toplumda, satıcılar daha fazla risk almak isteyecekler ve alacaklarını zamanında elde edeceklerine inandıkları için kredili satış yapmaktan çekinmeyeceklerdir(115).

Ancak temerrüt faizinin ödeme ahlakını yükseltici bir etkiye sahip olabilmesi için faiz oranlarının caydırıcı yükseklikte olması gerekir. Borçlu borcunu zamanında ödemediği takdirde başına gelecekleri bilmeli, gerekirse kredi alarak borcunu ödemek zorunda kendisini hissetmelidir(116). Bu aynı zamanda yargının da iş yükünü azaltacaktır(117).

112 **Schwenzer**, s.374;**Schenker**, Nr. 337/338; **Giger**, Obligationenrecht, Handbuch für Studium, Wissenschaft und Praxis, Zürich 1998, s.445;**Habscheid**, SJZ 1994, s. 287/288;**Gauch/Schluep**, Nr.2974; **OR-Wiegand**, Art.104 OR; N.1; **Keller/Schöbi**, S.267/268; **Bucher**, s.361/362;**Schmitz**, s.121; **MünchKomm/Thode**, Rn.1 zu § 288 BGB; **Barlas**, s. 127/128; **Türk**, s.140; **Karayalçın**, s.8,31.

113 **Berger**, RabelZ 61(1997), s.319/320; **Kindler**, s.172 vd. ve s.308 vd.; **Abschlussbericht**, s.116; **Basedow**, ZHR 143(1979), s. 323; **Kissel**, NJW 1975, s.337;**Peter**, ZRP 1980, s. 92; **Emmerich**, FS.Giger, s. 176/177; **Huber**, s.808;**Karayalçın**, s.8;**Türk**, s.142; **Barlas**, s.128;karş.ancak **Trimbach\Webert**, Die Erhöhung der gesetzlichen Verzugszinsen – Ein Beitrag zur Verbesserung der Zahlungsmoral? NJ 1998, Nr. 7, S. 343/ 344 .

114 **Westermann**, FS. Gernhuber, s.538; **Kindler**, s.172/173

115 **Kindler**, s.173.

116 **Huber**, s.808/809.

117 **Kindler**, s.309 vd; **Trimbach\Webert**, s.342.

Oysa % 50'lik faiz oranı ile bu amaca ulaşılması mümkün değildir. Borcunu ödemediği için bir yıl için % 50 temerrüt faizi ödemek zorunda kalacak olan borçlu, aslında bugünkü ekonomik şartlarda kullanılabilir en ucuz krediyi kullanmış olacaktır(118). Ama maalesef alacaklının iradesi dışında, adeta cebren ondan alınan bir kredidir bu. Pazar ekonomilerinde her şeyi ekonomik yönleri ile düşünenler, "homo oeconomicuslar", borçlarının vadesi geldiğinde bu hususu da göz ardı etmeyeceklerdir(119). Borçlunun borcu ödeyecek parası yok ise kredi olarak borcunu ödeme yolunu asla tercih etmeyecektir. Zira kredi faizi oranları, kanuni temerrüt faizi oranının çok üzerindedir. Borcunu ödeyecek parası olan borçlunun borcunu ödeme yoluyla gitmesi de akılcı değildir. Bu para ile kanuni temerrüt faizi oranlarından çok yüksek bir banka faizi alma ve banka faizi oranları ile temerrüt faizi oranları arasındaki fark kadar kâr elde etme imkanı durur iken borçlarını ödemeleri, bu „homo oeconomicuslar“lardan değil, olsa olsa saf vatandaşlardan beklenenecek bir davranış olurdu(120).

Bu söylenenlere, alacaklının munzam zararını talep etme hakkının olduğu, borçlunun bu tür uyanık davranışlarının, hilelerinin kendisine pahalıya patlayacağı hatırlatılarak karşı çıkılabilir. Ancak borçlunun bu riski göze almasına değer doğrusu. Çünkü alacaklı bazen temerrüt nedeniyle bir zarara uğramamış olabilir. Alacaklı bir zarara uğrasa bile, alacaklının bu zararını ve bu zararı ile temerrüt arasındaki illiyet bağını somut olarak ispat zorunda olması munzam zarar davasının olumlu sonuçlanması ihtimalini oldukça azaltacaktır(121).

Bu şekilde düşünerek borcunu ödemeyen borçlunun işin yargıya intikal etmesinden endişe duymasını gerektirecek bir durum da yoktur. Bilakis bu durum borçlunun işine gelir. Zira açılan davalar çeşitli sebeplerden kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle bazen yıllarca sürmektedir. Açılan davaların uzunca bir süre sonuçlanmaması karşısında, bir anlamda % 50 faiz ile kredi kullanan borçlu ellerini ovuşturacaktır. Hatta onu çeşitli usul hilelerine başvurarak davayı uzatmaktan alıkoyacak bir sebep de yoktur. Borçlu davayı kaybetse bile aslında kârlı çıkacaktır. Çünkü dava sonucunda borçluyu borcunu % 50 gecikme faizi ile ödemeye "mahkum" eden karar, onu

118 Karş. Huber, s.809; Peters, ZRP 1980, s.92.

119 Basedow, ZHR 143(1979), s.322.

120 Kindler ve Basedow haklı olarak borcun ödenmemesine yol açan saiklerin sadece bu şekilde yapılan bir ekonomik değerlendirmelerle sınırlı olmadığını, borçlunun gerçekten parasının olmaması veya borçlu olduğuna inanmaması ya da sırf alacaklıya zarar vermek için borcun ödenmemesi gibi sebep ve düşüncelerin de önemli bir rol oynayacağını belirtmektedir. Ancak yazar, salt ekonomik düşünen borçlulara bu yola gitme imkânının tanınmaması gerektiğini eklemeyi de ihmal etmemektedir; Kindler, s.308/309; Basedow ZHR 143(1979), s.322/323.

121 Basedow ZHR 143(1979), s.322/323

aslında bir şeye mahkum etmeyip, hiçbir yerden temin edemeyeceği % 50 faizli kredi sağlayarak ödüllendirmiş olacaktır(122). Bu nedenle bazı yazarlar borçluya adalet eliyle bir kredi(Justizkredit) tanınmasından söz etmektedirler(123). Bu açıklamalar ışığında Fransız Kanun Koyucusunun yargılama faizi oranını normal temerrüt faizi oranından, hüküm faizi oranını da yargılama faizi oranından yüksek tutmasının(124) sebebi daha iyi anlaşılacaktır.

Doktrinde **GRUNSKY**, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü öngörülmesinin, alacaklıyı enflasyonun olumsuz etkilerine karşı koruma amacının olduğunu belirtmektedir. Yazar enflasyon oranları ile kanuni faizi oranları arasında bir ilişki bulunduğunu, enflasyon oranı ne kadar yüksek ise kanuni faizi oranlarının da o kadar yüksek olması gerektiğini belirttikten sonra şöyle devam etmektedir:

„ Özellikle paranın değer kaybı oranın yüksek olduğu ülkelerde, mahkemelerin yasal bir normdan bağımsız olarak(veya belki de orada öngörülen kanuni faiz oranını aşarak) belirli bir faiz oranını aksi ispat edilemeyen bir karine olarak kabul etmeleri akla yakındır(125) “.

Ülkemizde temerrüt faizinin bu amacı gerçekleştirebildiğini söylemek mümkün değildir. Esasen sorun büyük ölçüde de buradan kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak kendisinden beklenen amaçların hiçbirini gerçekleştirmeyen, özellikle ekonomik açıdan borcu ödememeyi ödemekten daha cazip kılan % 50'lik temerrüt faizi oranının savunulabilir bir yanı yoktur.

B) Çıkış Yolu

1) Olması Gereken Hukuk Açısından

Karşılaştırılmalı hukuka ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalardan çıkarılması gereken en önemli sonuç, munzam zarara ilişkin olarak ortaya çıkan problemlerin hemen hemen tamamının faiz oranlarının sabit olarak belirlenmesinden kaynaklandığı ve bu nedenle temerrüt faiz oranlarının güncel ekonomik koşulları göz önünde tutacak bir biçimde esnek olarak belirlenmesi gereğidir. Kanuni faiz oranlarının sabit bir biçimde belirlendiği bütün hukuk sistemlerinde, ekonomik koşulların değişmesi ile birlikte ülkemizde de tanık olduğumuz adaletsizliklere engel olmak çoğu zaman mümkün olmayacaktır.

Aslında faiz oranları sabit olarak belirlenen hukuk sistemlerinde faiz oranların

122 **Abschlussbericht**, s.116.

123 **Kindler**, s.172; karş. ayrıca **Huber**, s. 808.

124 Bkz.yuk. II.E.

125 **Grunsky**, FS.Merz, s.147/148; bkz. ayrıca **Schmitz**, s.159; **Berger**, RabelZ 61(1997), s.324.

belirlenirken o anki ekonomik şartlar göz önünde tutulmuştur. Örneğin Alman Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği dönemlerde bu gün dahi geçerli olan % 4'lük kanuni faiz oranı piyasa faizlerinin üzerinde bir faiz oranı idi(126). Enflasyon ve faiz oranları sabit kalmış olsa idi herhangi bir sorun da çıkmayacak idi. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi 1920'li yıllarda hüküm süren yüksek enflasyon karşısında % 4'lük faiz oranı ihtiyaçlara cevap vermez hale gelmiştir. İsviçre hukuku açısından % 5'lik oranın benzer sorunlara yol açmamasının nedeni, bu ülkede yüksek enflasyonunun hakim olmamasıdır(127).

O halde munzam zarara ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlar hukuki olduğu kadar ekonomiktir. Enflasyon sadece "fakiri daha fakir, zengini daha da zengin yapmakla kalmamış"(128), hukukçuların başına da büyük bir çorap örmüştür. Enflasyonun yol açtığı bu hukuki sorunlardan kurtulmanın tek yolu, kanuni faiz oranlarını ekonomik şartlardaki değişikliğe göre değiştirecek bir biçimde yeniden düzenlemek olacaktır.

Yukarıda incelediğimiz hukuk sistemlerinden Almanya, Avusturya ve İsviçre dışında kalanlarda kanuni faiz oranlarının sabit olarak tespitinden vazgeçilmiştir. Almanya'da da Medeni Kanunun değiştirilmesine ilişkin tasarıda sabit faiz oranı yerine değişken bir oran öngörülmüştür. Tasarının 246. Paragrafına göre kanuni faiz oranı Alman Merkez Bankasının iskonto oranından % 2 fazla olarak belirlenmiş ve bu oranın % 6'dan az olamayacağı öngörülmüştür(129). Ayrıca bu çalışmada incelenmeyen diğer bazı hukuk sistemlerinde de kanuni faiz oranları değişken oranlar olarak belirlenmiştir. Örneğin İsveç'te bu oran merkez bankası iskonto oranından % 4 fazla, Danimarka'da merkez bankası iskonto oranından % 6 fazladır(130). Keza İspanyol hukukunda da 1984 yılında çıkarılan bir kanun ile kanuni faiz oranlarının faiz ödeme yükümlülüğünün başladığı anda İspanya Merkez Bankasının iskonto oranına eşit olduğu öngörülmüştür(131). Ancak bu oran bütçe kanunu ile faiz oranı ay-

126 Bkz. **Schmitz**, s.121 vd. ve s.124; **Kindler**, s.205/206

127 Sadece 1970' li yıllarda enflasyon ve piyasa faizi oranlarında bir artış görülmüş ve bu nedenle sabit faiz oranından esnek (değişken) faiz oranlarına geçiş düşünülmüş ise de, bunun hukuk güvenliğini tehlikeye sokabileceği endişesiyle vazgeçilmiştir; **Weber**, FS.Keller, s.330. Son yıllarda da zaten enflasyon oranı çok düşük olarak gerçekleşmektedir. Yukarıda dn.8'de belirttiğim gibi 27.08.1998 tarihinde açıklanan rakamlara göre tüketici fiyat endekslerindeki yıllık artış % 0,1 olarak gerçekleşmiştir.

128 **Serozan**, MHAD 1996, s.47; ancak yazar bu sosyal olgudan hareketle alacaklılara paranın değer kaybından doğan zararlarının tazminini talep etmesi halinde ona „hukuki ayrıcalıklar sunmaktan sakınılması“ gerektiği kanısındadır.

129 **Abschlussbericht**, s.115.

130 **Schmitz**, s.159.

131 1984 tarihli kanundan önce faiz oranları 24.7.1889 tarihli İspanyol Medeni Kanununun 1108.

rica belirlenmediği takdirde geçerli olacak bir faiz oranıdır(132).

Aslında faiz oranlarının değişken olarak belirlenmesi Türk hukukuna yabancı bir sistem değildir. 19.11.1984 tarih ve 3095 sayılı "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un ikinci maddesinin üçüncü fıkrasında ödeme yeri ve ödeme zamanında banka iskonto oranının % 50'den(133) fazla olması halinde, –öyle olmadığı bir duruma bugüne kadar rastlanmamıştır-, ticari işlerde temerrüt faizi T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faizi oranına göre istenebilir. Ancak bu düzenlemenin faiz ve munzam zarar ile ortaya çıkan sorunları azalttığını söylemek mümkün değildir.

Bir defa merkez bankasının kısa vadeli kredilere uyguladığı reeskont oranı kadar temerrüt faiz talep etme hakkı ticari işlerde tanınan bir ayrıcalıktır; herkes yararlanamaz. Oysa yukarıda inceldiğimiz modern hukuk sistemlerinin tamamında kanuni temerrüt faizi bakımından adi iş- ticari iş ayrımı terkedilmiştir. Bu ayrıma sadece İsviçre, Avusturya ve Almanya'da hala rastlamak mümkündür ki, Alman Medeni Kanununun değiştirilmesine ilişkin tasarıda da adi iş- ticari iş ayrımı terk edilmiştir(134). Roma hukukuna kadar geriye giden bu ayrım, ticari işlerde paradan yoksun kalmanın maliyetinin adi işlerden daha fazla olduğu (135), deyim yerinde ise tacirlerin parasının tacir olmayanların parasından daha değerli olduğu (pecunia mercatoris vales plus quam pecunia non mercatoris) varsayımına dayanmaktadır. Ancak **Kindler**, bu çalışmada bizim de sıkça baş vurduğumuz ve Alman hukukunda büyük beğeni toplayan araştırmasında(136) bu varsayımın gerçeklerle bağdaşmadığını ayrıntılı bir biçimde izah etmektedir(137). Hal böyle iken adi işlerle ticari işler arasında yapılan

Maddesinin ikinci fıkrasında faiz % 6 olarak belirlenmişti. 1889 ve 1939 yılında çıkarılan iki özel kanun ile bu oranlar önce % 5'e daha sonra % 4'e indirilmişti. Bu son-oran 1984 tarihli kanunun yürürlüğe girmesine kadar İspanya'da geçerli olan kanuni temerrüt faiz oranıdır; **Kindler**, s.242.

132 **Kindler** (s.243/244) ve **Bilda**(s.106)dan öğrendiğimize göre 1985 yılından 1993 yılına kadar geçen dönemde bütçe kanununda faiz oranı belirlenmiştir.

133 3095 sayılı kanunun 1. Maddesinde % 30 olarak öngörülen bu oran aynı hükmün ikinci fıkrasında Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin Bakanlar Kurulunun 28.8.1997 tarihli kararı ile kullanılması ile 1.1.1998 tarihinden itibaren % 50'ye çıkarılmıştır.

134 **Abschlussbericht**, s.116.

135 **Türk**, s.151.

136 Bkz. **Kindler**, Peter, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Plädoyer für einen kreditmarkorientierten Fälligkeitsszins, Habil. Tübingen 1996. Alman hukukunda bu çalışmaya ilişkin olarak yapılan -hemen hemen tamamı olumlu- eleştiriler için bkz. **Karollus**, M., AcP : Bd. 198, (1998), Nr. 1, S. 106-111 ; **Reifner**, U., NJW 1997, Heft 31, S. 2037-2038; **Berger**, K.P., RabelsZ Bd. 62, (1998), Nr. 2, S. 349-356; **Hirte**, Zeitschrift für Bankrecht und Bank Wirtschaft: 1997, Nr. 3, S. 309-312; **Gruber**, J., Deutsche Zeitschrift. für Wirtschaftsrecht : (1997), Nr. 11; **Simons**, Forum des Internationalen Rechts : Jg. 1, (1996), Nr. 4, S. 239.

137 **Kindler**, s.3, 11 vd., 59, s.155 vd., 166. Türk hukukunda bu ayrıma yöneltilen eleştiriler için bkz. **Türk**, s.151 dn.54'de anılanlar.

ayırımın anayasal garanti altındaki eşitlik ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmektedir(138).

Öte yandan bu düzenlemenin, kendilerine ayrıcalık tanıdığı ticari bir işte alacaklı olan şahısların bakımından da tatmin edici olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü genellikle merkez bankalarının reeskont oranları piyasa faizlerinin altındadır. Dolayısıyla alacaklının merkez bankası reeskont oranı kadar temerrüt faizi talep etmesi onun uğradığı zararların karşılanması için yeterli olmayacaktır. Bu yüzden karşılaştırmalı hukukta temerrüt faizi oranlarının tespitinde merkez bankası reeskont oranlarından yararlanılırken buna genellikle belli bir yüzde ilave edilmektedir(139).

Ayrıca merkez bankasının iskonto oranları yardımıyla mevcut ekonomik şartları yansıtan bir faiz oranı tespitinin ön şartı, merkez bankasının siyasi otoriteden bağımsız olması yani reeskont faiz oranlarının siyasi iktidarın talimatlarına göre değil ekonomik koşullara göre belirlenmesidir(140). Ülkemizde merkez bankasının ne ölçüde siyasi iktidardan bağımsız olduğu, hukukçulardan ziyade ekonomistlerin cevaplandırabileceği bir sorundur. Ancak ülkemizde merkez bankasının birkaç yıldır reeskont kredisi vermemesi nedeniyle bu kurum tarafından açıklanan ve 3095 sayılı Kanunun m.2/III hükmü gereği ticari işlerde temerrüt faizi oranı olarak esas alınacak oranların mevcut ekonomik koşulları tam olarak yansıttığını söylemek fazla iyimserlik olacaktır.

Sonuç olarak 3095 sayılı Kanunun m.2/III hükmünde kanuni faiz oranlarının tespitinde Merkez Bankası reeskont oranlarının esas alınması modern hukuk sistemlerinde de benimsenen olumlu bir gelişmedir. Ancak Türk hukuku açısından atılması gereken iki adım daha vardır. Bunlardan ilki temerrüt faizi bakımından adi iş- ticari iş ayrımını kaldırmak ve her iki durumda da Merkez Bankası reeskont oranlarından yararlanmaktır. Yasal faiz oranlarının tespitinde enflasyon oranının esas alınması ak-

138 **Kindler**, s.166/167; **Aşçıoğlu**, VII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s.188/189, 201.

139 Yukarıda incelediğimiz muhtelif hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerden bir kaçını örnek olarak yeniden hatırlatmak gerekirse: Almanya'da VerbrKG Art.11/I: merkez bankası iskonto oranı+5; Alman Medeni Kanununun Değiştirilmesine İlişkin Tasarınının 246.Paragrafında merkez bankası iskonto oranı+2; İsveç'de merkez bankası iskonto oranı+4; Danimarka'da merkez bankası iskonto oranı+6..

140 **Kindler**, s.255. Bu yazarın bildirdiğine İspanya ve Fransa'da merkez bankasının açıkladığı iskonto oranları siyasi iktidarın müdahalesine maruz kalmıştır. Örneğin Fransa'da 1978-1989 yılları arasında piyasa faizleri oranları sürekli değiştiği halde merkez bankasının iskonto oranı % 9,5 olarak kalmıştır. Keza İspanya'da 1977-1990 yılları arasında piyasa faiz oranları sürekli değiştiği halde merkez bankası iskonto oranı % 8'lik sabit bir oranda kalmıştır. Ancak her iki ülkede Avrupa Topluluğu üyesi olduğu için topluluk anlaşmasının bağımsız bir merkez bankası oluşturulmasını öngören 107-108. Maddelerine uyarak ilgili kanunlarda değişiklik yaparak merkez bankalarını bağımsız hale getirmişlerdir; bütün bu açıklamalar için bkz. **Kindler**, s.226 vd. ve s.239 vd.

la gelebilirse de, bu karşılaştırmalı hukukta fazla denenmiş bir yol değildir(141). İkincisi, merkez bankası reeskont oranları, piyasa faiz oranlarından düşük olduğu için, aradaki bu farkında reeskont faizi oranına eklenerek kanuni faiz oranlarının belirlenmesi gerekir. Gerçi ilave edilecek bu farkın kesin olarak tespiti mümkün değildir. Ancak son 10-20 yıl içinde piyasa faiz oranları ile reeskont oranları arasındaki farkın aritmetik ortalaması bulunarak yaklaşık bir rakam tespit edilebilir(142). Faiz oranlarının bu şekilde hesaplanmasının bazı pratik güçlükler çıkarabileceği düşünülebilir(143). Ancak unutulmamalıdır ki 3095 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1994 yılından beri Türk yargı uygulamasında faiz oranları , ticari işlerle sınırlı da olsa, Merkez Bankası reeskont oranlarına göre belirlenmektedir ve belirli bir tecrübe elde edilmiştir.

Kanuni faiz oranları bu şekilde belirlendiği takdirde bu oranlardan fazla bir zarara uğradığını iddia eden alacaklıya artık ispat kolaylıkları tanınmasına gerek kalmayacaktır. Munzam zarara uğradığını iddia eden borçlu bu zararını ve zarar ile borçlu temerrüdü arasında illiyet bağı bulunduğunu somut olarak ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Bu da munzam zarar davalarının sayısında büyük bir azalma meydana getirecektir.

2) Mevcut Kanuni Düzenlemeler Çerçevesinde Çözüm Önerileri

Yukarıda sıkça tekrarlandığı gibi ülkemizde geçerli olan % 50'lik yasal faiz oranları ekonomik gerçeklerden uzak, adaletsiz bir orandır. Hatta Alman hukukunda sabit olarak belirlenen faiz oranlarının anayasa tarafından garanti altına alınan mülkiyet hakkının ihlali anlamına geleceği ileri sürülmektedir. Enflasyon oranlarının altında kalan sabit kanuni faiz oranlarını nedeniyle alacaklının alacağı borçlunun temerrüdü nedeniyle zaman içinde erozyona uğrayacak ve bir anlamda onun mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olacaktır(144). Sorunun çözümün sabit faiz oranlarından, ekonomik şartlara göre değişen esnek faiz oranlarına geçişte olduğu bir önceki başlık altında ayrıntılı olarak incelendi. Peki ama faiz hukukunda yapılacak bir reforma kadar ne olacaktır? Acaba yürürlükte olan kanun hükümleri çerçevesinde sorunun çözümü

141 Karşılaştırmalı hukukta enflasyon oranlarından bir parametre olarak yararlanılmasına, İtalyan Yargıtayının 1970'li yıllarda verdiği munzam zarara ilişkin bazı kararlarda rastlanır. Bu konuda bkz. yukarıda İtalyan hukukuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar.

142 Örneğin **Kindler**, Almanya'da 1975-1994 yıllarında Alman Merkez bankasının iskonto oranları ile piyasa faizleri arasındaki farkın ortalamasının % 5,46 olduğunu tespit etmiş ve kanuni faiz oranının Bundesbank iskonto oranına ilave olarak % 5,5 olarak tespitinin uygun olacağını savunmaktadır; **Kindler**, s.331,341. Buna karşılık **Huber** ve **Basedow** Merkez Bankası iskonto oranına ek olarak % 4 oranının esas alınmasının isabetli olacağını kanısındadır; **Huber**, s.807/808; **Basedow**, ZHR 143(1979), s. 336; karşı. ayrıca **Honsell**, FS.Lange, s.511.

143 Değişken faiz oranlarının pratikte bazı güçlükler yaratacağı konusundaki eleştiriler ve bu eleştirilere verilen cevaplar için bkz. **Kindler**, s.333 vd.; **Schmitz**, s.153 ve s.155 vd.

144 Bu tartışmalar için bkz. **Kindler**, s.301 vd. Bkz. ayrıca **Karayalçın**, s.13/14.

mü mümkün müdür? Aşağıda bu soruya cevap aranacaktır.

Sabit faiz oranlarının öngörüldüğü bir sistemde ortaya çıkan adaletsizlikleri gidermek, ekonomik şartlara uygun bir çözüme ulaşmak için ileri sürülen çözüm önerilerini şu ana başlıklar altında toplamak mümkündür.

a) BK.m.188/III ve m.212/II de Öngörülen Soyut Metodun Para Borçlarının İfasında Temerrüt Durumuna Uygulanması

İlk defa ünlü Alman hukukçusu **Hermann Staub** tarafından savunulan(145) bu fikre göre zararın soyut olarak hesaplanmasına ilişkin esaslar en azından tacirin alacaklı olduğu bir miktar paranın ödenmesinde temerrüt durumuna da uygulanmalıdır. Yazar ticari satımlarda satıcının temerrüdü halinde alıcın zararını soyut metoda göre hesaplaması ve malın cari fiyatı veya borsa fiyatı ile sözleşmede yer alan fiyat arasındaki farkı talep edebilmesi noktasından hareket etmektedir. Böyle durumlarda alıcının fiilen bu miktarda bir zarara uğrayıp uğramadığı araştırılmayacak, alıcının bu miktarda bir zarara uğradığını somut olarak ispatı aranmayacaktır. Bunun temelinde alıcının satıcının teslim edeceği malı borsa fiyatı veya cari fiyat üzerinden elden çıkaracağı düşüncesi yatar. **Staub** aynı düşüncenin borçlunun bir miktar parayı ödemede temerrüde düşmesi halinde evleviyetle kabul edilebileceğini belirtmektedir. Yazara göre bir tacir bir para alacağına sahip ve bu alacağı hukuka aykırı bir biçimde ödenmemiş ise iki ihtimal akla gelebilir: Birinci ihtimal, tacirin bu paraya işletmesinde ihtiyaç duymamasıdır. Bu ihtimalde tacir sözkonusu parayı zamanında elde etse idi ülkedeki ortalama faiz hadleri üzerinden yatırıma dönüştürecekti. İkinci ihtimal, tacirin bu paraya işletmesi için gereksinme duymasıdır ki, böyle bir durumda tacir, borçlu ödemede temerrüde düştüğü takdirde sözkonusu parayı ortalama faiz oranları ile başka bir yerden kredi olarak temin edecektir. Her iki ihtimalde tacirin ülkedeki ortalama faiz oranları kadar tazminat talep etmesinin hukuki şartları gerçekleşmiştir. Yazara göre eğer borçlu, somut olayda bu ihtimallerin geçerli olmadığını iddia ediyorsa bunu ispat etmek zorundadır (146).

Hemen belirtelim ki **Staub**'un önerdiği bu çözümde aslında zararın gerçek anlamda soyut olarak hesaplanması sözkonusu değildir. Zira yukarıda belirttiğim gibi gerçek anlamda soyut metodun uygulanması halinde, borçlunun karşı delil getirerek, alacaklının bu miktarda zarara uğramadığını ispat etmesi mümkün değildir.

Aynı görüş İsviçre hukukunda **Weber** tarafından savunulmaktadır(147). Bu ya-

145 **Schmitz**'e bakılırsa faizin soyut metotla değişken bir biçimde hesaplanmasını savunan ünlü düşünür **John Locke** olmuştur; bkz. **Schmitz**, s.152.

146 **Staub**, DJZ 1900, s.64/65.

147 **Weber**, FS.Keller, s.332. Ancak yazarın kullandığı ifadeler, **Staub**'tan farklı olarak borçluya karşı delil getirme imkânını tanımadığı, başka bir deyişle gerçek anlamda soyut metodun uygulanmasını önerdiği intibahı uyandırmaktadır.

zar da para borçlarının ödenmesinde temerrüt halinde soyut metodun sadece ticari işler bakımından uygulanabileceğini kabul etmektedir. Yazara göre adi işlerde alacaklılara sadece bazı fiili karinelerle ispat kolaylıkları tanımakla yetinilmelidir(148).

Kanımca bu yolla alacaklıya, borçlunun ifasında temerrüde düştüğü para alacağı için ekonomik şartlara uygun bir karşılık talep etme imkânının sağlanması oldukça güçtür. Bir defa soyut metot, Borçlar Kanunumuzda ticari satımlarda alıcının veya satıcının temerrüdü halinde fark teorisine göre müspet zararın tazminini talep edilmesi halinde zararın hesabı için öngörülmüştür(149). Fark teorisinin ve dolayısıyla soyut metodun ticari satımlar dışında kalan satım sözleşmeleri bakımından uygulanması dahi tartışmalı iken(150), bu hesap yönteminin konusunu bir miktar para oluşturan bütün borçlar bakımından uygulanması bazı haklı tereddütlerin uyanmasına sebep olacaktır.

Öte yandan soyut metot, asıl uygulama alanını oluşturan satım sözleşmelerinde dahi para alacaklısına yeterli koruma sağlamamakta, borçlunun temerrüde düştüğü para için ekonomik şartlara uygun bir karşılık talep etme yolunu açmamaktadır. Bir satım sözleşmesinde alıcının satım bedelini ödemediğinde temerrüde düşmesi ve satıcının aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi durumu ele alalım: Eğer satıcı satım konusu malı daha önceden teslim etmiş ise soyut yöntemin uygulanması sözkonusu olmayacaktır. Başka bir deyişle satıcı, teslim ettiği malın bedelini ödemediğinde temerrüde düşen borçludan faiz veya munzam zarar adı altında ekonomik şartlara uygun bir karşılığı soyut metot yardımıyla talep edemeyecektir. Çünkü yukarıda belirttiğim gibi, soyut metot fark teorisine göre müspet zararın tazminini talep edilmesi halinde zararın belirlenmesine ilişkin bir yöntemdir ve eğer alacaklı (satıcı) kendi edimini daha önce yerine getirmiş ise fark teorisi değil, mübadele teorisi uygulanacaktır(151). Bu takdirde alacaklı yasal temerrüt faizi oranını ve ispat etmek koşuluyla munzam zararını talep etmekle yetinecektir(152). Eğer satıcı malı henüz teslim etmemiş ve alıcı satım bedelini ödemediğinde temerrüde düşmüş ise ancak o zaman BK.m.212/II'de öngörülen soyut metot uygulama alanı bulacak-

148 Weber, FS.Keller, s.332.

149 OR-Koller, N.3 zu Art.191 OR

150 Bu tartışmalar için bkz. OR-Koller, N.25 zu Art.191 OR ve N.13 zu Art.215 OR; Buz, V., Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.109 dn.195

151 Türk/İsviçre hukukunda kabul edilen "sınırlı fark teorisine" göre alacaklı kendi edimini daha önce yerine getirmiş ise, fark teorisine göre müspet zararının tazminini talep edemeyecektir; bkz. Buz, V., Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.109 dn.195.

152 Görüldüğü gibi bu durumda alacaklının(satıcının) aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep etmesi ile, aynen ifadan vazgeçmesi arasında bir fark yoktur; Gauch/Schluep, Nr.3057; Schenker, Nr.622,626. Honsell'e göre bunun nedeni para borçları bakımından asli edim yükümlülüğü-tali edim (tazminat) yükümlülüğü ayrımının yapılamamasıdır; Honsell, FS. Lange, s.509.

tır. Buna göre müspet zararının tazminini talep eden satıcı artık kendi edimini ifa (satım konusu malı teslim) ile yükümlü olmayıp, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile malın cari veya borsa fiyatı arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir. Ama bu takdirde bir zarar sadece, malın cari veya borsa fiyatının sözleşmede kararlaştırılan bedelden düşük olması halinde sözkonusu olacaktır. Eğer malın fiyatı temerrüt esnasında yükselmiş ve borsa veya cari fiyatı sözleşmede kararlaştırılan bedelin üzerine çıkmış ise, ki ülkemiz gibi yüksek enflasyonun sözkonusu olduğu ülkelerde genellikle öyle olacaktır, alacaklı bir zarara uğramadığı için tazminat talep edemeyecektir(153). Sonuç olarak, asıl uygulama alanını oluşturan satım sözleşmelerinde dahi para alacaklısına arzu edilen korumayı sağlayamayan soyut metodun, %50'lik faiz oranının neden olduğu adaletsizlikleri gidermesi mümkün değildir.

b) Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinden Yararlanılması

Bazı yazarlar sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanılarak para alacaklısına, kanuni temerrüt faizlerinin üzerinde ekonomik şartlara uygun bir karşılık talep etme imkânının sağlanabileceği kanısındadır. Bu görüş Alman Hukukunda 1926 tarihinde **Crisolli** tarafından savunulmuştur. Bu yazara göre, ideal olan, faiz oranlarının kanun koyucu tarafından ekonomik gerçeklere uygun olarak artırılmasıdır. Ancak kanun koyucu harekete geçinceye kadar sebepsiz zenginleşme hükümlerinden (BGB § 812) yararlanılması mümkündür. Buna göre bir miktar parayı ödemedede temerrüde düşen borçlu, alacaklı aleyhine ortalama banka faizleri oranında zenginleşmiştir ve bu zenginleşmenin iadesi gerekir. Yazar burada sebepsiz zenginleşme türlerinden hangisinin sözkonusu olduğunu belirtmemektedir(154).

Bu çözüm önerisi ilk bakışta oldukça akla yatkın gelmektedir. Ancak sorun biraz yakından incelendiğinde, bu sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmasının aranan çare olmadığı görülmektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, sebepsiz zenginleşme davasının tali bir dava olduğu, yani başka bir davanın(örneğin sözleşmeye veya haksız fiile dayanan bir davanın) açılmasının mümkün olduğu halde açılmayan bir dava olduğu görüşü(155) kabul edilirse, çoğu zaman sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak mümkün olmayacaktır. Çünkü para borçları genellikle ya

153 **Serozan**, Borçlar Hukuku, s.178.

154 Bkz. **Crisolli**, DJZ 1926, s.167/168. **Peters** de , borçlunun para borcunu ödemedede temerrüde düşmesi halinde alacaklı aleyhine bir zenginleşmenin objektif şartlarının gerçekleştiğini belirtmektedir. Ancak bu yazar sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması suretiyle sorunun çözümü yerine, faiz oranlarının kanun koyucu tarafından artırılmasını savunmaktadır; **Peters**, ZRP 1980, s.92/93.

155 Sebepsiz zenginleşme davasının tali bir dava olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz. **Keller/Schaufelberger**, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd.III , Ungerechtfertigte Bereicherung, 3.Aufl., Basel/Frankfurt 1990, s.4/5; **Serozan**, Borçlar Hukuku, s.233 vd.; **Eren**, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.III , 2.bası, Ankara 1990, s.7/8.

sözleşmeden ya da haksız fiilden doğar. Öte yandan iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin sadece fiilen elde ettiği yararlarından sorumlu olması ve ona tanınan zenginleşmenin artık mevcut olmadığı def'i(BK.m.63/I), arzu'lanan hukuki sonuca ulaşılmasına engel olacaktır(156).

c) Hakimin Hukuk Yaratması

Alman hukukunda bazı yazarlar, artık mevcut ekonomik gerçeklerle bağdaşmayan sabit faiz oranlarının doğurduğu adaletsizliklere engel olmanın ve esnek faiz oranlarına geçişin hakimin hukuk yaratması suretiyle mümkün olduğu kanısındadır. **Gelhaar**'a göre, bir kanun, eğer yürürlüğe girdiği anda mevcut olan şartlar değişmiş ise, lafzından farklı olarak(contra legem scriptum) yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. İşte faiz hukukunda böyle bir durum söz konusudur. Çünkü faiz oranlarını % 4 olarak öngören Alman Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği andaki şartlar bugün artık değişmiştir. Bir kanun hükmü, gerçek hukuk, yani yaşanan hukuk ile ters düşüyorsa, hakim hukuk yaratmaya sadece yetkili değil, aynı zamanda mecburdur. Bunun sonucu olarak sabit faiz oranları yerine ekonomik şartları yansıtan değişken oranları esas alması gerekir(157).

Ancak Alman hukukundaki hakim görüş, haklı olarak, faiz hukukunda hakimin hukuk yaratması için gerekli şartların mevcut olmadığı, bu şekilde sabit faiz oranlarının değişken faiz oranları ile ikame edilemeyeceği kanısındadır(158). Bu görüşe göre hakimin hukuk yaratması bir soruna ilişkin olarak kanunda bir düzenleme bulunmaması ve yorum yolu ile dahi olsa bir çözüme ulaşılamaması halinde mümkündür. Yani sözkonusu soruna ilişkin olarak bir kanun boşluğu mevcut olmalıdır. Oysa faiz hukukunda bu tür bir boşluk mevcut değildir(159). Gerçi kanun koyucunun ulaşmak istediği amacın(160) kanunun lafzına yansımaması, yani kanunun lafzı ile uygulanması durumunda sözkonusu amaca ulaşmanın mümkün olmaması halinde amaçsal (teleolojik) bir yoruma gidilebilir(161). Ancak amaçsal yoruma tabi

156 Karş. **Kindler**, s.149.

157 **Gelhaar**, NJW 1980, s. 1373.

158 Bkz. **Trimbach/Webert**, NJ 1998, s.342; **Roll**, DriZ 1973, s.342/343; **MünchKomm/von Maydell**, Rn.24 zu § 246 BGB; **MünchKomm/Thode**, Rn.2 zu § 288 BGB; **Kindler**, s.317 ve 319; **Schmitz**, s.165 vd.; **Fergen**, s.102; **Bartsch**, NJW 1980, s. 2564; **Soergel/Wiedemann**, Rn.5 zu § 288 BGB. Buna karşılık **Basedow**'a göre içtihatlarda uzun zamandan beri alacaklılara çeşitli şekillerde kolaylıklar sağlanarak değişken faiz oranlarını talep etme imkanının tanındığını ve dolayısıyla hakimin yarattığı bir hukukun oluştuğuna işaret etmekte ve bu nedenle artık bunun için gerekli şartların mevcut olup olmadığını tartışmanın gereksiz olduğunu bildirmektedir; **Basedow**, ZHR 143(1979), s.334.

159 Aksi görüşte **Karayalçın**, s.36.

160 **Schmitz**, s.165; **Kindler**, s.319

tutulan bir kanun hükmünün iki uygulama sahası olacaktır: Birincisi lafzı ile uygulandığı, ikincisi amaçsal bir yorum ile düzeltilerek uygulandığı alan. Oysa faiz oranlarını belirleyen hükümleri bakımından bu tür amaçsal bir yoruma gidilerek alacaklıya ekonomik şartlara uygun, (örneğin enflasyon oranı veya merkez bankası iskonto oranı kadar) faiz oranları talep etme imkânı tanındığı takdirde, faiz oranını tespit eden norma uygulama alanı kalmayacaktır(162). Dolayısıyla amaçsal bir yorum, faiz oranını tespit eden normun düzeltilmesi değil, tamamen ilgası noktasına varacaktır ki, hakimin böyle bir yetkisi yoktur.

Hakimin hukuk yaratması aleyhine ileri sürülen bu görüşler, kanımca Türk hukuku açısından da geçerlidir. Hele faiz oranını yeniden belirleyen 3095 sayılı Kanunun 1984 yılında yürürlüğe girmesi ve bu kanunun hükümete verdiği yetkinin geçen yıl kullanılıp faiz oranlarının 1998 yılından itibaren % 50'ye çıkarılması gerçeği, ülkemizde faiz ve munzam zarar problematiğinin hakimin hukuk yaratması suretiyle çözülmesinin önündeki engelleri bir kat daha arttırmaktadır.

d) Alacaklıya İspat Kolaylıkları Tanınması

Yürürlükteki hukuk açısından yukarıda incelediğimiz öneriler çerçevesinde tatmin edici bir çözüm mümkün olmadığına göre, geriye olarak sorunun, munzam zararının tazminini talep eden alacaklıya bazı ispat kolaylıkları tanınması suretiyle çözülmesi ihtimali kalmaktadır.

Alacaklıya tanınabilecek ispat kolaylıklarını esas itibarıyla üç ana başlık altında toplamak mümkündür:

Maddi hukukta alacaklıya tanınan en önemli ispat kolaylığı, zararın soyut olarak hesaplanmasıdır. Zararın soyut olarak hesaplandığı durumlarda alacaklıya bazı zararların tazminini talep etme hakkı, onun fiilen böyle bir zarara uğrayıp uğramadığı sorunundan bağımsız olarak tanınmıştır(163). Borçlunun, alacaklının bu tür bir zarara uğramadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Zararın somut olarak hesaplanmasının en tipik örnekleri, borçlunun temerrüdü halinde kanuni temerrüt faizi oranlarının talep edilmesi(BK.m.103; Art.104 OR; BGB § 288), satıcının veya alıcının temerrüdü halinde satıcının veya alıcının sözleşmede kararlaştırılan bedel ile satım konusu şeyin borsa veya cari fiyatı arasındaki farkı tazminat olarak talep etmesini(BK.m.188/III , m.212/I I ; Art.191/III, Art.215/II OR; § 376/II BGB) gösterebiliriz.

161 Bu amaç faiz oranları öngören kanun hükümleri bakımından parasını zamanında alamayan alacaklıya ekonomik şartlara uygun bir karşılık talep edebilmesini sağlamaktır; **Schmitz**, s.166.

162 **Schmitz**, s.166.

163 **Roll**, DriZ 1973, s.343; **Schmitz**, s.166; **Kindler**, s.319.

Bu konuya yukarıda satım sözleşmesindeki soyut metodun para borçları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorununu incelerken kısmen değinmiştim. Burada ayrıca şunu da ekleyelim ki, faiz hukukunda alacaklının kanuni faiz oranları üzerinde bir zararının soyut olarak hesaplanması mümkün değildir. Daha açık bir ifade ile, para alacaklısının, soyut olarak örneğin enflasyon veya döviz kurlarındaki artış oranında bir zarara uğradığını kabul etmek ve borçluya bunun aksini ispat etmek imkânını tanımamak mümkün değildir. Aksi takdirde kanun koyucunun % 50 olarak belirlediği yasal faiz oranları esas alınan enflasyon veya faiz oranına çıkarılmış olacaktır. Oysa kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği böyle bir artırımı yapmaya sadece kanun koyucu yetkilidir.

Alacaklıya tanınabilecek bir başka ispat kolaylığı, munzam zararın hakim tarafından takdiridir. Alman Usul Kanununun 287. paragrafına göre, zararın doğumu veya kapsamı hususunda taraflar arasında bir ihtilafın mevcut olması halinde, hakim bütün hususları göz önünde tutarak serbest takdiri ile karar verecektir. Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre de, zararın gerçek miktarının ispatının mümkün olmaması halinde, hakim, olayların normal akışını, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, almış olduğu tedbirleri göz önünde tutarak zarar miktarını hakkaniyet esaslarına göre tespit eder. Alacaklıya tanınabilecek en önemli ispat kolaylığı, ona fiili karinelere, Alman hukukunda kullanılan terminoloji ile ifade etmek gerekirse "ilk görünüş kanıtlarına"(prima-facie- oder Anscheinsbeweis) (§ 286 ZPO)(165) dayanma imkânının tanınmasıdır. Buna göre, genel hayat tecrübelerine göre belli bir olayın belli bir sonucu doğuracağını kabul edilmesi halinde, zarar görenin bu hususu ayrıca ispat etmesi aranmayacaktır(166). Ancak fiili karinelere veya ilk görünüş kanıtlarına dayanma imkânı, ispat yükünün ters çevrilmesi anlamına gelmez. Borçlu sözkonusu genel hayat tecrübesinin somut olayda geçerli olmasının en azından ciddi olarak şüpheli olduğunu ispat ettiği takdirde, alacaklı zararın varlığını ve miktarını ispat ile yükümlü olacaktır(167).

Fiili karinelere veya ilk görünüş kanıtları yardımıyla alacaklıya tanınan ispat kolaylıklarına ilişkin örneklere, yukarıda İsviçre ve Alman hukukuna ilişkin açıklamalarımızda ayrıntılı olarak değinmiştik. Bu son ispat kolaylığını Türk hukukuna

164 Kindler, s.266; MünchKomm/Grunsky, Rn.11 zu 252 BGB.

165 Fiili karine ile ilk görünüş kanıtları arasında bir fark olup olmadığı hususunda bkz. MünchKomm/Grunsky, Rn.136 vd. vor. § 249 BGB; Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2.Aufl., zweiter Band, Teilband 1, §§ 253-299a, Tübingen 1987, Rn.87 vd. zu § 286 ZPO; Yıldırım, M.K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.124 vd.

166 Deutsch, FS. Lange, s.438; Kindler, s. 267.

167 Deutsch, FS. Lange, s.438; Kindler, s. 267.

aktaracak olursak: Parasını zamanında elde edemeyen alacaklının, örneğin enflasyon veya döviz kurlarındaki artış oranında zarara uğrayacağı bir fiili karine olarak kabul edilebilir. Ancak yukarıda sıkça tekrar ettiğim gibi, enflasyon oranı karşılaştırmalı hukukta, İtalyan hukuku dışında kullanılan bir parametre değildir. Bunun yerine merkez bankası iskonto oranlarının birkaç puan fazlası esas alınmaktadır. Bu çözümde borçlunun bu fiili karinenin aksini, yani alacaklının somut olayda bu oranda bir zarara uğramadığını ispat etme imkânı vardır. Atılması gereken bir başka adım da bu ispat kolaylığının herhangi bir ayırım yapmadan bütün alacaklılara tanınmasıdır.

Bu son çözüme ve çalışmamızın tamamına ilişkin açıklamalarımızı bir itiraf ile noktalayalım: Yürürlükteki hukukumuz açısından faiz ve munzam zarar probleminin fiili karineler yardımı ile çözülmesi, her türlü hukuki tereddütten arınmış bir öneri değildir. Bu çözüm önerisi, hukuki çaresizlik içerisinde tutunacak son bir dal, çalınacak son kapı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü fiili karineler yardımı ile alacaklıya örneğin enflasyon veya döviz kurlarındaki artışlar ya da merkez bankası iskonto oranları kadar tazminat talep etme imkânının tanınması, aslında pratikte yasal faiz oranlarının bu oranlar seviyesine çıkarılması anlamına gelir. Gerçi yasal faiz oranlarından farklı olarak burada borçlunun alacaklının bu oranda zarara uğramadığını ispat etmesi mümkündür. Ancak hemen belirtelim ki, bu imkân sadece teorik olarak mevcuttur; pratikte bu ispatın gerçekleşmesi mümkün değildir. Borçlu, alacaklının örneğin enflasyon oranında zarara uğramadığını nasıl ispat edebilir? Durum böyle olmasına rağmen, yapacak başka bir şey de yoktur. Faiz oranlarını ekonomik şartlara uygun olarak belirleme, kanun koyucunun yetkisindedir, ama kanun koyucu bu yetkiyi kullanmamakta ısrar etmekte, adeta bir yetki gaspına davetiye çıkarmaktadır.

O halde kanun koyucu harekete geçinceye kadar sorunun tamamen "hukuki" bir biçimde çözümü mümkün değildir. Sorun yargı tarafından ne şekilde sonuca bağlanırsa bağlansın, bu hukukilik tartışmalarını sona erdirecek, gönül rahatlığı ile kabul edilecek bir çözüm olmayacaktır. Ama % 50'lik faiz oranlarının yarattığı adaletsizlikleri görmezden gelmek de mümkün değildir. O halde yapılması gereken, bir yandan kanun koyucuyu modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi ekonomik şartlara göre değişen esnek faiz oranları öngörmeye zorlarken, öte yandan bu gerçekleşinceye kadar da ortaya konan çözüm önerilerinden "ehveni-şer" olanı, ki bu da kanımca fiili karineler yardımı ile munzam zararının tazminini talep eden alacaklıya ispat kolaylığı tanımadır, benimseyerek sorunu geçici bir çözüme kavuşturmak olmalıdır.

KISALTMALAR

- ABCB : Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, vom 1 Juni 1811
 Abs. : Absatz
 AcP : Archiv für die civilistische Praxis
 AktG : Aktiengesetz
 allg. : allgemein
 Art. : Artikel
 Aufl. : Auflage
 BB : DerBetriebsberater
 BBl : Bundesblatt
 Bd. : Band
 BGB : Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18. August 1896
 BGBl : Bundesgesetzblatt
 BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
 BGH : Bundesgerichtshof
 BGHZ : Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
 BT : Besonderer Teil
 BTJP : Berner Tage für die juristische Praxis
 C. : Cilt
 Cass. : Corte die Cassazione
 CC : Code Civil
 CISG : Convention on Contracts for the International Sale of Goods
 DB : DerBetrieb
 Diss. : Dissertation
 dn. : dipnotu
 DRIZ : Deutsche Richter-Zeitung
 EuZW : Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
 FS. : Festschrift
 hrsg. : herausgegeben
 JBl : Juristische Blätter
 JR : Juristische Rundschau
 JuS : Juristische Schulung
 JW : Juristische Wochenschrift
 JZ : Juristen Zeitung.
 karş. : karşılaştırınız
 LG : Landgericht
 m. : madde
 MDR : Monatsschrift für Deutsches Recht
 MünchKomm: Münchener Kommentar
 N. : Note
 NJ : Neue Justiz
 NJW : Neue Juristische Wochenschrift
 NJW-RR : NJW- Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht
 Nr. : Nummer
 OGH : Oberster Gerichtshof

- OLG : Oberlandesgericht
 OR : Obligationenrecht- Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30.März 1911/ 18. Dezember 1936
 ÖJZ : Österreichische Juristenzeitung
 Pra. : Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
 RabelsZ : Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
 Recht : Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
 RG : Reichsgericht
 RGBI : Reichsgesetzblatt
 RGZ : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
 RIW : Recht der internationalen Wirtschaft
 Rn. : Randnummer
 s. : sayfa
 ScheckG : Scheckgesetz
 SGB : Sozialgesetzbuch
 SJZ : Schweizerische Juristenzeitung
 SZ : Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
 VerbrKrG: Das Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozessordnung und andere Gesetze, vom 17.12.1990
 VersR : Zeitschrift für Versicherungsrecht
 Vorbem. : Vorbemerkung
 VSS. : Viyana Satım Sözleşmesi
 VVG : Versicherungsvertragsgesetz
 WarnRspr.:Rechtssprechung des RG, von Warneyer
 WG : Wechselgesetz
 WM : Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier .Mitteilungen
 yuk. : yukarıda
 ZEuP : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
 ZHR : Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
 ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
 ZPO : Zivilprozessordnung
 ZRP : Zeitschrift für Rechtspolitik

BİBLİYOGRAFYA

- ABSCHLUSSBERICHT : Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrecht, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bonn 1992
 APATHY, P. : Höhere als gesetzliche Zinsen nur bei grobem Verschulden, JBI 1995, s.248 vd.
 BARLAS, N. : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992
 BARTSCH, M. : Zum gesetzlichen Zinssatz, NJW 1980, 2564
 BASEDOW, J. : Die Aufgabe der Verzugszinsen im Recht und Wirtschaft, ZHR143(1979), s.317 vd
 BERGER, K.P. : Der Zinsanspruch im internationalen Wirtschaftsrecht, RabelsZ 1997, s.313 vd.

- BILDA, K. : Zinsrecht in Spanien und Deutschland, Baden-Baden, 1994
- BUCHER, E. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- CRISOLLI : Mehr als 4 % Zinsen in bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten?, DJZ 1926, s. 167/168
- DEUTSCH, E. : Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, FS. H. Lange, Stuttgart-Berlin-Köln 1992, s. 433 vd.
- EHRENZWEIG, A./ MAYRHOFER, H. : System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, 3. Aufl., Wien 1986.
- EMMERICH, W. : Die Verzugschadensproblematik bei Ratenkrediten, FS. Giger, Bern 1989, s. 173 vd.
- FERGEN, B. : Der Nachweis des weitergehenden Zinsschadens gemäß § 288 Abs. 2 BGB, Diss., Bielefeld 1994
- GAUCH, P./SCHLUEP, W.R. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I & II, 6. Aufl., Zürich 1995
- GELHAAR, W., : Zur Höhe der gesetzlichen Verzugs- und Prozesszinsen, NJW 1980, 1372/1373
- GIGER, H.G. : Obligationenrecht von A-Z, Zürich 1998
- GILTSCHTHALER, E. : Verzugsschaden und Verzugsbereicherung, ÖJZ 1984, s. 233 vd.
- GRUNSKY, W. : Anwendbares Recht und gesetzlicher Zinssatz, FS. Merz, Köln 1992, s. 147 vd.
- HABSCHEID, W.J. : Der Anspruch auf Zahlung von Verzugszins im Prozeß, SJZ 1994, s. 287 vd.
- HONSELL, H. : Der Verzugschaden bei der Geldschuld, FS. H. Lange, Stuttgart-Berlin-Köln 1992, s. 509
- HUBER, U. : Leistungsstörungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln 1981, s. 647 vd.
- INZITARI, B. : Geldschulden im Inflationszeitalter, zu einigen Auswirkungen der Geldentwertung im Schuldrecht, RabelsZ 45(1981), s. 705 vd.
- JUD, W. : Marginalien zum Ersatz aufgewandeter oder entgangener Zinsen, FS. Ostheim, Wien 1990, s. 113 vd.
- KARAYALÇIN, Y. : Enflasyon Karşısında Faiz (Hukuki Açından Bir İnceleme), Ankara 1980.
- KELLER, M. /SCHÖBI, C. : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988
- KINDLER, P. : Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, Habil. Tübingen 1996
- KISSEL, R. : Rationalisierung und Verfahrensablauf, NJW 1975, s. 335.
- KLANG, H./..... : Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VI, Wien 1951, Bd. IV/1, Wien 1968
- KOZIOL, H./ WELSER, R. : Grundriss des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Schuldrecht, 9. Aufl., Wien 1992
- MAGNUS, U. : Fragen und Probleme des UN-Kaufrechts, ZEuP 1997, s. 823 vd.
- MÜNCH.KOMM/..... : Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht: Allgemeiner Teil (§§ 241-432), hrsg. Von Helmut Heinrichs, 3. Aufl., München 1994
- OR/..... : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 2. Aufl. Basel 1996
- PETERS, F. : Der Zinssatz des § 288 BGB, ZRP 1980, s. 90 vd.
- ROLL, A. : Die Höhe der Verzugszins, DRiZ 1973, s. 339 vd.

- SCHENKER, F. : Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen OR, Diss., Freiburg 1988
- SCHMÍTZ, R. : Zinsrecht: zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Diss., Münster 1994
- SCHWENZER, İ. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998
- SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998
- SEROZAN, R. : Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler, İ.Sungurbey'e Armağan, MHAD 1996, s.41 vd.
- SOERGEL/ : Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2/1, Schuldrecht I /1 (§§ 241-432) 12.Aufl., Stuttgart 1990
- STAUB, H : Die Höhe der Verzugszinsen nach neuem Recht, DJZ 1900, s.64 vd.
- STAUDINGER/ : Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1-3 Buch, 12.Aufl., Berlin 1979
- TRIMBACH, H./ WEBER, A. : Die Erhöhung der gesetzlichen Verzugszinsen- Ein Beitrag zur Verbesserung der Zahlungsmoral?, NJ 1998, s.342 vd.
- TÜRK, H.S. : Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemi İle Hesaplanabilir mi?, X. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s.129 vd.
- Von BÜREN, B. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- WEBER, R.H. : Gedanken zur Verzugszinsregelung bei Geldschulden, FS. Keller, Zürich 1989, s.323 vd.
- WEBER, R.H. : Vertragsverletzungsfolgen: Schadenersatz, Rückabwicklung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, BTJP1990, s.165 vd.
- WEBER, R.H. : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, 1.Abteilung, 4.Teilbd., Vorbemerkungen und Kommentar zu Art.68-96 OR, Bern 1983
- WESTERMANN, H.P : Der Säumige Geldschuldner, FS. Gernhuber, Tübingen 1993, s.529 vd.

**TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN TİCARİ
REKLAMLAR VE TABİ OLDUĞU HÜKÜMLER**

(I)

Özgül ÖZKAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş .I- Reklam ve Hukuki Mahiyeti .A-Reklam Tanımı ve UNSURLARI .B-Reklamın Hukuki Mahiyeti .II-Tüketicinin Korunması Hakkında' ki Reklamlarla İlgili Düzenlemeler .A-Genel Olarak .B-Reklam Kurulu .C-Ticari Reklamlarda Uyulması Gereken Genel İlke .D-Yasaklanmış Reklamlar .III -Aldatıcı Reklamlar .A-Tanımı .B-UNSURLARI .C-Aldatıcı Reklamlar Hakkında Yürürlükteki Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler .

GİRİŞ

Tüketim mal ve hizmetleri ile ilgili olarak üretici ve satıcılar tarafından yapılacak veya yapılan reklamların doğru ve dürüst olmalarının sağlanması, özellikle çağdaş anlamda tüketicinin korunması hareketi ile birlikte büyük önem kazanmıştır. Çağdaş anlamda tüketicinin korunması hareketi, bilindiği gibi son yıllarda görülen, sosyal, ekonomik ve teknik ilerlemenin yarattığı olumsuz bir gelişmenin ürünüdür. Temel hareket noktası ise, "tüketicinin hakları "olarak ifade edilen haklardır. Gerçekten tüketicinin korunması hareketi, tüketicinin hakları üzerine inşa edilerek, hep bu haklar doğrultusunda bir gelişme göstermiştir. Bugün için tüketici hakları olarak;

- sağlık ve can güvenliğinin korunmasını talep hakkı,
- aydınlatılma hakkı,
- iktisadi menfaatlerinin korunmasını talep hakkı
- zararının süratle tazminini talep hakkı
- temsil edilme hakkı, olarak sayılabilir.

Reklamcılık, gerçekten tüketicinin korunması gereken en önemli alanlardan biridir. Tüketim mallarının gittikçe daha da çeşitlilik gösterdiği çağımız tüketim toplumlarında reklamlar, bu malların tüketicilere tanıtılmasının ve tüketicilerin bunlar hakkında aydınlatılmasının belli başlı yollarından biridir. Arzeden (hizmet veya malı üreten ve/veya satan) açısından ise reklamcılık, satışların artırılmasının en önemli yol-

(*) Aydın Adli Yargı Hakim Adayı.

larından birini teşkil eder. Başka bir anlatımla arzeden reklamlar yoluyla sunduğu mal veya hizmetlere olan talebin artmasını amaçlarken; tüketici, reklamlar sayesinde sunulan mal ve hizmetler arasında doğru bir seçim yapabilmeyi sağlayacak bir şekilde aydınlatılmayı ve bilgilendirilmeyi ummaktadır. Arzeden ve tüketici açısından reklamlarla ilgili beklentilerdeki bu farklılık, ekonomik olarak daha zayıf durumda olan tüketicilerin reklamcılık alanında da korunması gerekliliğini gündeme getirmektedir. Aksi takdirde arzedenin sunduğu mal ve hizmetlere olan talebi arttırmak amacıyla yapabileceği yanlış yada yanıltıcı reklamlar yüzünden tüketici yanlış bilgilenecek ve bunun doğal bir sonucu olarak da normalde yapmayacağı sözleşmeler yapıya itilerek ekonomik çıkarları zedelenebilecektir.

Bu konunun günümüzde teşkil ettiği önem sebebiyle bu çalışmamızda tüketici hukukunda ticari reklamların nasıl düzenlendiğini ve bu düzenleme çerçevesinde tüketicinin nasıl korunmaya çalışıldığını, uluslararası alanda konunun ne şekilde düzenlendiğini anlatacağız.

I-REKLAM VE HUKUKİ MAHİYETİ

A-REKLAM, TANIMI VE UNSURLARI

Günümüzde neredeyse dünya ekonomisinin büyük bir bölümü liberal kapitalist sistemi benimsemiş bulunmaktadır. Liberal ekonominin temeli serbest rekabete dayanmaktadır. Rekabet herhangi bir konuda, kişilerin diğerinden daha iyi, daha önde olma isteğinden kaynaklanır. Ekonomik anlamda pazardan daha fazla pay alarak rakiplerinden daha önde olma isteği liberal ekonomiyi dinamizmini sağlamaktadır. Rekabetin üç boyutu bulunmaktadır. Birincisi fiyatta rekabet, ikincisi kalitede rekabet ve üçüncüsü satış arttırmada rekabettir. Satış arttırma faaliyetleri çok çeşitli olmakla birlikte BUNLARIN EN ÖNEMLİSİ VE ETKİLİSİ REKLAMLAR'dır. Hatta piyasaya yeni çıkan bir malın tanıtımı için bir miktar reklam gideri ayrılması zorunlu görülmektedir (1).

Reklam pazara sürülen yeni bir malın veya mevcut bir malın rakiplerine göre üstünlüklerinin kamuya anlatılmasında en önemli yoldur. Günümüzde özellikle kitle iletişim araçlarının çok gelişmiş olması reklamların aynı anda yüzmilyonlarca kişiye hitap edebilmesi olanağını ortaya çıkarmıştır. Böyle bir güç daima dürüst ve doğruları yansıtacak şekilde kullanılmalıdır. Bu gücün kötüye kullanılmasını önlemek bu yolla tüketicilere, rakiplere genel olarak kamu düzenine zarar verilmesini önleyici hukuk

(1) Öcal, Akar "Reklam ve Haksız Rekabet" Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, c. VI, s.2, s. 96, 1970.

kurallarına ihtiyaç bulunmaktadır. Türkiye’de de bu konuda çıkarılmış çeşitli düzenlemeler vardır.

Reklam çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. TKHK. 16 ve 17. maddelerinde reklamlarla ilgili düzenleme getirdiği halde reklamın tanımını vermemiştir. Ancak buna bağlı olarak çıkarılan Reklam Kurulu Yönetmeliği’nde bir tanım bulunmaktadır. Buna göre; “ticari ilan ve reklam; mal ve hizmetleri tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla kişi kurum ve kuruluşlar tarafından bir bedel ödenerek herhangi bir vasıta ile yayımlanan pazarlama haberleşmesi niteliğindeki duyuruyu ifade eder”. Bu tanımlamada reklamın yapılış amacı ve şekli ön plana çıkmaktadır.

Aldatıcı reklamlarla ilgili üye Devletlerin Hukuki, İdari ve Düzenleyici Hükümlerini Birbirine Yaklaştırılması Hakkında, Avrupa Topluluğu Konseyi bir yönerge çıkarmıştır (2).

Bu yönergenin 2. maddesinde reklam tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre “reklam bir ticari işle veya meslek sanatla ilgili olarak gayrimenkuller haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların veya hizmetlerin satışını arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım anlamına gelir” bu tanımlamada daha çok reklamın amacı üzerinde durulmuş ve şekli önemsenmemiştir.

Bir başka tanıma göre ise reklam; “üretici ve satıcılar tarafından tüketim mal ve hizmetleri ile ilgili yapılan reklamlar –ticari reklamlar– olarak adlandırılmaktadır (3). Zira bu tip reklamlarda, reklamı yapılan mal veya hizmetin tüketicilere tanıtılarak satışlarının bu yoldan artırılması ana gayedir.

Diğer bir tanıma göre ise reklam; “tüketicileri bir mal veya markanın varlığı hakkında uyarmak ve mala, markaya, hizmete veya kuruma, olumlu bir tutum yaratmak amacıyla göze ve/veya kulağa seslenen mesajların ücretli araçlarla yayımlanmasıdır “ (4).

Reklam herşeyden önce belirli ve çok çeşitli vasıtalarla yapılır. Reklamda reklamı yapanın kim olduğu anlaşılmalı zorundadır, aksi halde reklam hedefine ulaşmaz. Reklam topluma en azından bu mala ilgilenen kitleye yöneliktir; belirli bir kişi hedef alınmaz. Dolayısıyla yüz yüze satışlarda malın tanıtımı reklam olarak kabul edile-

(2) 84/450 AET sayılı ve 10 Eylül 1984 tarihli Yönerge, 19.9.1984 tarihli O J No L 250/17 (Topluluk Resmi Gazetesinde) yayımlanmıştır.

(3) GÖLE, Celal. “Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamla İlgili Tüketicinin Korunması”, s. 38 vd. Ankara, 1983.

(4) KURTULUŞ, K. “Reklam Harcamaları”, s. 25, İstanbul 1989.

mez. Reklamın amacı; bu mal veya hizmetin veya ticari bir düşüncenin ilgilenmesi muhtemel kişilere tanıtılmasıdır (5).

"Reklamın unsunlarını" ise kısaca şöyle özetleyebiliriz;

1- Bir vasıtanın bulunması

2- Tüketim malı yada hizmetin veya bunları piyasaya sunan kişinin adının belirtilmesi

3- Reklamın tüketicilere seslenmesi (6).

1-Reklam ile ilan Arasındaki Fark:

Yürürlükteki bazı düzenlemelerde reklam ile ilan eş anlamlı olarak kullanılmakta ise de, gerçekte böyle değildir. İlan kelimesi reklam kavramından daha kapsamlı olup bir üst terim durumundadır ve reklam terimini de kapsamaktadır. Bu açıdan her reklam bir ilan niteliğindedir. Ancak her ilanın bir reklam olduğu söylenemez. Zira bazı ilanlar kamuya yönelmiş "duyuru" niteliğinde olabilirler.

İlanlarda mal ve hizmetler konusundaki bildiricilik özelliğine karşın, reklamlarda bildiricilik özelliğine ek olarak albeni ve abartma öğelerinin baskın olduğu göze çarpmaktadır (7).

2-Reklam Verenler ve Reklam Ajansları:

İstanbul Ticaret Odası'nın Dürüst Reklamcılık Konusunda Uyulması Zorunlu Mesleki Kararı, m. 5/b'ye göre:

Reklam Veren; reklamlarla ilgili hazırlıkları ve uygulamaları yapan, yaptıran ve bu işlerle ilgili bedeli ödeyen kimsedir.

Reklam Ajansları da; reklamın hazırlanmasında ve fiilen yapılmasında önemli rol oynayan ve bu işi meslek haline getiren kuruluşlardır (8).

B-REKLAMIN HUKUKİ MAHİYETİ

Reklam bir mal veya hizmetin satın alınmasını sağlama amacına yönelik olarak yapılır. Dolayısı ile reklamı yapan ile bu malla ilgilenen kişi arasında bir hukuki işlemin, bir sözleşmenin yapılmasına yol açmaktadır. Sözleşme iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla tamam olur. Bu iradelerden önce açıklananan icap, sonra açıklananan ise kabul denmektedir. Bu itibarla reklam yapanın iradesi-

(5) ASLAN, İ Yılmaz. "Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat" s. 247, Bursa, 1996.

(6) GÖLE, Celal. "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması" s. 35, Ankara, 1983.

(7) GÖLE, Celal. age.

(8) GÖLE, Celal, age, s. 47.

nin sözleşmede daha önce açıklandığı düşünülerek reklamın bir icap olabileceği düşünülebilir (9). Ancak bir iradenin icap olarak kabul edilebilmesi için çeşitli koşullar aranır. Herşeyden önce açıklanan iradenin akdin esaslı unsurlarını içermesi ve ciddi olması gerekir. Eğer açıklanan irade icabın unsurlarını taşımıyorsa buna icaba davet denir. B.K.7. maddesi tarife ve cari fiyat gönderilmesini icap olarak kabul etmemektedir. Ancak fiyat göstererek bir malın teşhir edilmesini ise kural olarak icap kabul etmiştir. İcap ve icaba davetin anlamı karşı tarafı bir sözleşme yapmaya davet etmektir (10). Reklam da karşı tarafı teşkil edebilecek kişileri sözleşme yapmaya davet etmek amacını taşıdığı için hukuki niteliği itibariyle icap veya icaba davet olma ihtimali akla gelmektedir.

Eğer reklamda bir sözleşmenin yapılması için gerekli tüm esaslı unsurlar varsa ve karşı tarafın sadece bunu kabulü ile sözleşmenin hüküm ifade etmesi mümkün ise bu reklamın bir icap olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak genellikle reklamlarda aşırı abartmalara yer verilmesi, reklamı yapanın genellikle satıcı değil üretici veya genel dağıtıcı olması, yani sözleşmenin doğrudan doğruya tarafını teşkil edecek olan kişi olmaması, reklamın icaptan çok icaba davet olarak kabul edilmesini gerektirmektedir (11). Bununla ilgili tüm kişiler sözleşme yapmak için görüşmeye davet edilmektedir.

Reklam icap veya icaba davet olabileceği gibi bazen ilan suretiyle vaad, bazen de piyango niteliğini de kazanabilir (12). Her olayın somut koşullarına göre ayrı ayrı incelenmesi ve reklamın hukuki mahiyetinin ne olduğuna ona göre karar vermek gerekmektedir.

II- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN'DA REKLAMLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

A-GENEL OLARAK

TKHK'da reklamlarla ilgili iki madde bulunmaktadır. 16. madde "Ticari Reklam ve İlanlar" başlığını taşımaktadır. Bu itibarla 16. maddenin sadece aldatici reklamları düzenlediğini ileri sürmek zordur. 16. madde tüm ticari reklamlar hakkında genel ilkeler koymaktadır. Bu nedenle 16. maddenin uygulaması TKHK kapsamından daha geniştir. Bu maddenin TTK. 57. maddesine bir ek getirdiğini, bu maddede eksik

(9) GÖLE, Celal, age, s. 44. ADAK, Agah. "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet" Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 1975, s. 4, s. 362

(10) GÖLE, Celal, age., s. 44.

(11) GÖLE, Celal, age, s. 45. ADAK, Agah, agm, s. 362.

(12) GÖLE, Celal, age, s. 45. ADAK, Agah, agm, s. 362-363.

olan aldatıcı reklamları eklediğini ve genel olarak reklamların uyması gereken ilkelere belirttiğini kabul edebiliriz (13).

16. maddeye göre

“TİCARİ REKLAM VE İLANLARIN YASALARA VE GENEL AHLAKA UYGUN DÜRÜST VE DOĞRU OLMALARI ESASTIR.

TÜKETİCİYE ALDATICI, YANILTICI VEYA ONUN TECRÜBE VE BİLGİ NOKSANLIKLARINI İSTİSMAR EDİCİ, TÜKETİCİNİN CAN VE MAL GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE DÜŞÜRÜCÜ, ŞİDDET HAREKETLERİNİ VE SUÇ İŞLEMİYİ ÖZENDİRİCİ, KAMU SAĞLIĞINI BOZUCU, HASTALARI, YAŞLILARI, ÇOCUKLARI VE ÖZÜRLÜLERİ İSTİSMAR EDİCİ REKLAM VE İLANLAR YAPILAMAZ.”

Burada görüldüğü gibi önce bir genel ilke getirilmiş, ikinci fıkrada da bazı reklamlar yasaklanmıştır. Yasaklanan reklamlar şunlardır; aldatıcı reklamlar, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşüren reklamlar, zayıf insanları istismar edici reklamlar.

TKHK’da reklamlarla ilgili diğer bir hüküm, 17. maddede yer almaktadır.

17. maddede;

“TİCARİ REKLAM VE İLANLARDA UYULMASI GEREKEN İLKELERİ BELİRLEMEK, BU İLKELER ÇERÇEVESİNDE TİCARİ REKLAM VE İLANLARI İNCELEMELİK VE İNCELEME SONUCUNA GÖRE 16. MADDE HÜKÜMLERİNE AYKIRI HAREKET EDENLERİ CEZALANDIRMAK, SÖZKONUSU İLAN VE REKLAMLARI DURDURMAK VE/VEYA AYNI YÖNTEMLE DÜZELTMEK HUSUSLARINDA BAKANLIĞA ÖNERİDE BULUNMAKLA GÖREVLİ BİR REKLAM KURULU KURULMUŞTUR.”

B-REKLAM KURULU

1-Genel Olarak

TKHK’nun 17. maddesi ile bir Reklam Kurulu kurulmuştur. Reklam Kurulu’nun görevleri kanunda şu şekilde sayılmıştır.

-Ticari ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek; reklam kurulu bu ilkeleri belirlerken ülke koşullarını ve reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları dikkate alacaktır.

-Ticari reklam ve ilanları incelemek; Reklam Kurulu ticari reklam ve ilanları kendi koymuş olduğu ilkeler ve 16. maddede belirtilen dürüst reklamcılık kuralları açısından inceler ve kanuna aykırılık tesbit ederse bu reklamı yapanları cezalandırmak,

(13) ASLAN, İ Yılmaz, age, s. 256

reklamı durdurmak veya aynı yöntemle düzeltmek hususunda görüşlerini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bildirecektir.

Bakanlık, Reklam Kurulu Yönetmeliği çıkararak TKHK'nun 17. maddesinin son fıkrasınca kendisine verilen görevi yerine getirmiştir. Böylece Bakanlık Reklam Kurulunun çalışma usul ve esaslarını saptamıştır.

2–Oluşumu ve Üyelerin Nitelikleri

Reklam Kurulu 17 üyeden oluşmaktadır. Reklam Kurulunun üyeleri çeşitli kamu ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından seçilen kişilerden oluşacaktır. TKHK'nun 17/3 ve Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin (RKY) 4. maddesine göre Reklam Kurulu'na üye gönderecek kurum ve kuruluşlar şunlardır.

–Bakanlığın görevlendireceği bir genel müdür, aynı zamanda başkanlık görevini yürütecektir.

–Bakanlıkca, yükseköğrenim görmüş ve iktisat, maliye, hukuk ve işletmecilik dallarından birinde veya birkaçında en az 10 yıllık tecrübesi bulunan kişiler arasından görevlendirilecek bir üye,

–Adalet Bakanlığınca, bu bakanlıkta idari görevde çalışan hakimler arasında görevlendirilecek bir üye,

– Türkiye Radyo Televizyon kurumunca görevlendirilecek bir üye,

–Yükseköğrenim Kurulu'nun reklamcılık alanında uzman üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye,

–Türk Tabipler Birliği Merkez konseyi'nin görevlendireceği bir üye,

–Türk Standartları Enstitüsünden bir üye,

–Türkiye Barolar Birliği'nin görevlendireceği bir üye

–Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin görevlendireceği bir üye,

–Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetlerinin kendi aralarında seçeceği bir üye,

–Reklamcılar derneklerinin veya üst kuruluşlarının seçeceği bir üye,

–Tüketici Konseyi'nin, Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye,

– Türkiye Ziraat Odaları Birliği'nin görevlendireceği bir üye,

–Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu'nun görevlendireceği bir üye,

–Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan bir üye,

–Mühendis Odaları Birliği'nden bir üye,

–İşçi Konfederasyonlarından iki üye,

üyelerin görev süresi üç yıldır. Süresi biten üyeler tekrar seçilebilir. İlgili kurumlar Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine bir ay içinde üye seçimini yaparak bildirmek zorundadırlar.

RKY'nin 5. maddesinde üyelerin nitelikleri hakkında bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre üyelerin aşağıdaki koşulları taşımaları gerekmektedir;

–Türk Vatandaşı olmak,

–30 yaşından küçük 65 yaşından büyük olmamak.

–RKY'nin 4. maddesinin j, k, l, p, bentlerinde belirtilen kuruluş temsilcileri (tüketici konseyinin konseye katılan tüketici örgütleri temsilcileri arasından seçeceği bir üye, Türkiye Ziraat Odaları Birliğinin görevlendireceği bir üye, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye, İşçi Konfederasyonlarının görevlendireceği iki üye) için enaz lise mezunu olmak, diğer görevlendireceği iki üye) için enaz lise mezunu olmak, diğer kuruluşlar için enaz dört yıllık fakülte veya yüksekokullardan yada bunların denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurt içi veya dışındaki öğrenim kurumlarından mezun olmak,

–Kamu haklarından mahrum olmamak,

–657 sayılı devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin a/5 bendinde sayılı suçlardan dolayı hükümlü bulunmamak,

–Görevini devamlı yapmasına engel olacak hastalığı bulunmamak,

–Kamu kuruluşlarınca görevlendirilecek üyeler, konuyla ilgili bilgi birikimine ve deneyimine sahip personel arasından belirlenir.

3– Kurulun Çalışma Usul ve Esasları

Kurul ayda bir defadan az olmamak üzere, ihtiyaç duyulduğunda her zaman Başkanın çağrısı üzerine, Başkan dahil. en az dokuz üyenin hazır bulunması ile toplanır ve toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği halinde başkanın oy kullandığı taraf çoğunlu sağlar.

Kurul, gerekli görülen hallerde sürekli ve geçici olarak görev yapmak üzere özel ihtisas komisyonları kurabilir. Kurulun bu komisyonlarda grev yapmasını uygun göreceği kamu personeli, ilgili kamu kuruluşlarınca görevlendirilir. Kurul üyeleri ile özel ihtisas komisyonu üyelerinden kamu görevlisi olanlara verilecek huzur hakkı ile kamu görevlisi olmayan kurul üyelerine ödenecek huzur ücreti Bakanlıkca belirlenir.

Kurulun Sekreteryaya hizmetleri Bakanlık tarafından yerine getirilir.

Kurul, Kanununun 16. maddesi ile Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca çalışma ve incelemeleri sırasında gerekli gördüğü hallerde ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan bilgi veya görüş isteyebilir. Yapılan incelemeler sonucunda Kurul kararına göre Bakanlığa öneride bulunmadan önce konu hakkında; Kanununun 16. maddesine ve Kurul'ca belirlenen ilkelere aykırı hareket edenlerin yazılı görüşü alınır. Yazılı görüşün bildirilmesi için üç günlük süre tanınır. Bu süre içinde bildirilmediği takdirde görüş beklenmez. Kurul aldığı karara gerekçesini ve sorumluların yazılı görüşlerini de ekleyerek Genel Müdürlüğe intikal ettirir.

C-TİCARİ REKLAMLARDA UYULMASI GEREKEN GENEL İLKE

TKHK. 16. maddesine göre ticari reklam ve ilanların uyması gereken genel ilke belirtilmiştir. Buna göre;

"TİCARİ REKLAM VE İLANLARIN YASALARA VE GENEL AHLAKA UYGUN, DÜRÜST VE DOĞRU OLMALARI ESASTIR"

Burada dikkat edilecek olursa, bu reklamın kanuna ve ahlaka uygun olması zaten bir genel hukuk kuralının tekrarı niteliğindedir. BK 19 ve 20. maddelerde yer alan ve akitlerle ilgili bu ilke reklamlarla ilgili olarak da kabul edilmiş olmaktadır. Burada 19 ve 20. maddelerde yer alan kişisel haklara aykırı olmama ilkesinin açıkca yer almaması bir eksikliklerdir. Tabii ki kişilik hakları MK. hükümlerince korunduğu için kişilik haklarını ihlal eden reklam yapılamaz, ancak bunu önleyecek olan kamu gücü değildir. Hakları ihlal edilen kişi kendisi bu reklamları durdurabilir, yayınlanmamışsa, yayını önleyebilir, böyle bir reklamdan zarar görürse bu zararların tazmin edilmesini isteyebilir. Kişilik haklarına aykırı olmama ilkesinin buraya alınmama sebebi, burada sadece kamu gücü tarafından korunmaya değer genişlikte ve genel olarak kamuyu ilgilendiren ilkelere yer verilmiş olmasıdır.

Kanuna aykırılık nisbeten somut bir ilke olduğu için kolayca saptanabilir. Bir reklamın doğru olup olmadığı da çoğu zaman somut bazı verilerle kanıtlanabilir. Ancak ahlaka aykırılık ve dürüstlük ilkeleri için aynı şeyi söylemek zordur; burada işin içine etki karışmaktadır. Bu kıstasları saptayacak olan hakimin dünya görüşü, yaşadığı yerdeki ahlak anlayışı ve değer yargıları etkili olacaktır. Görüldüğü gibi 16/1 madde de sayılan ilkeler çok genel, somut olarak uygulanmasında değer yargılarına ve hakimin takdirine büyük ölçüde yer veren ilkelere (14).

Fakat kanun 17/2. maddesinde reklam kuruluna, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme görevi vermiştir. Bu ilkeleri saptarken, Reklam Kurulu ülke

(14) ASLAN, İ. Yılmaz, "Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat" s. 257-258, Bursa, 1996.

koşullarının yanısıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları da dikkate alacaktır. Reklam Kurulu iletişim özgürlüğünü ele alarak bu ilkeleri tesbit etmiş ve 16. maddede yer alan ilkeleri biraz daha somutlaştırmaya çalışmıştır. Tebliğin 4. maddesinde "temel ilkeler" başlığını taşıyan 2. bölümde yer alan 5. maddesinde "ahlaka uygunluk" ve 6. maddesinde "dürüstlük ve doğruluk" başlığı altında 16. madde de yer alan ilkeler açıklanmaya ve somutlaştırılmaya çalışılmıştır. 4. maddenin (d) bendinde önemli bir hüküm getirilerek reklamın, reklam olduğu belirtilerek yapılması zorunluğu konmuştur. Yani haber veya başka bir görüntü altında reklam yapılması yasaklanmıştır.

Tebliğ'de TTK. 56. vd. maddelere giren hususların reklamlar yolu ile işlenmesini yasaklayıcı hükümler bulunmaktadır. Tebliği sadece aldatıcı reklamları değil tüm ticari reklam ve ilanları düzenlemektedir.

D – YASAKLANMIŞ REKLAMLAR

1 – Aldatıcı Reklamlar: Bu konunun önemi ve genişliği sebebiyle III. Bölüm altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

2 – Can ve Mal Güvenliğinin Tehlikeye Düşürücü Reklamlar:

Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasında tüketicinin can ve Mal güvenliğinin tehlikeye düşürücü şiddet hareketlerini suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu reklam yapılamayacağı belirtilmiştir. Tebliğin 4. maddesinin c bendinde ve 14. maddesinde aynı yönde hükümler bulunmaktadır. Burada şiddet hareketleri ve suç işlenmesi genellikle güvenlikle ilgili hususlar olduğu için ve kamu sağlığı da bir çeşit can güvenliği olarak düşünülebileceğinden, Kanunda ayrı ayrı sayılan bu üç husus aynı başlık altında toplanmıştır. Burada can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, şiddet hareketlerinin ve suç işlemenin özendirilmesi, kamu sağlığının bozulması sanki reklamın doğrudan kendi etkisiymiş gibi bir anlam çıkmaktadır.

Burada anlatılmak istenenin iki ayrı hususu kapsadığını kabul etmek lazımdır. Birincisi reklamı yapılan malın bu etkileri doğrucu mahiyette olmasıdır. İkincisi de reklamdaki malın böyle bir etkisi olmasa bile reklamın verilisinin bu etkileri doğurmasıdır. Örneğin bir çikolata reklamında bu çikolotayı yiyen çocukların arkadaşlarını dövebilecek güçte olduğunun reklamda vurgulanması böyle bir reklamdır. Çikolata kendisi şiddet eylemlerini özendirici olmadığı halde reklamın mesajı şiddet eylemini özendiricidir. Öte yandan bir tabanca reklamında en etkili ve öldürücü silah falanca tabancadır şeklindeki bir reklam, reklamı yapılan malın niteliği gereği tehlikeye düşürücüdür. Tabii ki kıstasın kullanılması her zaman yukarıdaki örnekler kadar net olmaz. Örneğin sigara reklam ve ilanları kamu sağlığını bozucu olduğu gerekçesiyle

yasaklanabilecek midir? Sigaranın sağlığa zararlı etkileri herkesce malumdur. Sadece sigara kullananlar için değil genel olarak atmosferi kirlettiği için kamu sağlığını bozucudur. Bu durumda TKHK, 16. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu kıstasın nasıl uygulanacağı çok net değildir. Burada sanırım güvenliği bozucu tehlikenin ciddiyeti, yakınlığı gibi hususlar incelenecektir. Ayrıca bir mal bir yandan yararlı bir yandan da zararlı etkileri olabilir. Örneğin bir ilaç bir hastalığı iyileştirirken, öte yandan sağlığı bozucu yan etkiler doğurabilir. Bu gibi durumlarda da bu kıstasın nasıl uygulanacağı belli değildir. Ancak herhalde, malın zararlı etkileri ile olumlu etkilerinin karşılaştırılması ve olumlu yönlerinin daha fazla ve zararlı etkilere rağmen vazgeçilemez olduğu hallerde bu kıstas uygulanarak o malın reklamı engellenmeyecektir (15).

3 – Zayıf Kişileri İstismar Edici Reklamlar:

16. maddenin 2. fıkrasında bilgi ve tecrübesi noksan tüketicileri istismar edici reklamlar da yasaklanmıştır. Tebliğ'in 5. maddesinin d bendinde, toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürhümlerle ilgili ifadeler yada görüntüler kullanılmaz denmektedir. Ayrıca Tebliğ'in 15. maddesinde çocuklara yönelik reklamlara ilişkin ilkeler özel olarak düzenlenmiştir. Yaşlılar, çocuklar, hastalar ve özürhümler diğer insanlara göre çeşitli açılardan eksiklikleri, zayıflıkları olan kişilerdir. Bu kişilerin diğerlerine göre daha fazla sevgi, şefkat ve ihtimama ihtiyaçları vardır. Bu nedenle bu kişilerin diğerlerinden farklı bir şekilde özel olarak korunmaları yerinde olmuştur. Bu hükmün amacını da iki şekilde anlamak gerektiğini düşünüyoruz. Birincisi burada sayılan kişilere yönelik reklamlarda, reklamın aldatma kabiliyetinin araştırılmasında ölçü olarak normal insanların değil, burada sayılan kişilerin kullanılmasıdır. Örneğin çocuklara yönelik bir reklamın yetişkin bir kişiyi aldatma kabiliyeti değil vasat bir çocuğu aldatma kabiliyeti araştırılmalıdır. Bunun gibi çeşitli açılardan zayıf olan hastaların, yaşlıların, özürhümlerin ve çocukların reklamlar suretiyle aldatılarak istismar edilmeleri engellenmelidir. Aslında bu reklamlar da aldatıcı reklamdır. Kanun bu kişilere yönelik aldatıcı reklamları özel olarak düzenleyerek yargıçlara uygulayacakları kıstasları açıkça göstermek istemiştir. İkincisi yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu kişilere karşı toplumda genel bir hassasiyet vardır. Bu acıma hissi, vicdan hakkaniyet duygusu, adalet ve diğer toplumsal değerlerden kaynaklanmaktadır. Belirli zayıflıkları olan kişilerin reklamlarda kullanılmak suretiyle ve onların bu zayıflıkları ön plana çıkarılarak, toplumda onlara karşı oluşan yukarıda belirttiğimiz hisleri, belirli bir malın veya hizmetin satışını arttırmaya yöneltmek de bu

(15) ASLAN, İ Yılmaz, age, s. 260-261.

kişilerin istismar edilmesi anlamına gelir. Tabii ki bu kişilerin zayıflıkları ön plana çıkarılmadan, toplumda onlara karşı oluşan duyguları istismar etmek amaçlanmadan bir mal veya hizmetin tanıtılması amacıyla bu kişilerin reklamlarda rol almasında herhangi bir sakınca yoktur. Burada ince bir ayırım vardır. Her olayın somut koşulluna göre bu kişilerin rol aldığı reklamlarda, zayıflıklarının vurgulanarak bu durumdan yararlanma kastının olup olmadığı veya reklamın böyle bir etkisinin olup olmadığı araştırılmalıdır (16).

III – ALDATICI REKLAMLAR

A – TANIMI

Aldatıcı reklamın kapsamlı bir tanımı hukukumuzca yapılmamıştır. Bu konuda "Aldatıcı Reklamlara İlişkin Olarak üye ülkelerin Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Avrupa Birliği Konseyinin 10 – 9 – 1984 tarihli Direktifi'nde" (17) bir tanım yapıldığını görüyoruz. Direktifteki tanıma göre;

Aldatıcı Reklam,

"HANGİ YOLLA OLURSA OLSUN, SUNULUŞ BİÇİMİ DE DAHİL OLMAK ÜZERE HEDEF ALDIĞI VEYA ULAŞTIĞI İNSANLARI ALDATAN YADA ALDATMA OLASILIĞI BULUNAN VE ALDATICI YAPISI NEDENİYLE DE ONLARIN EKONOMİK SEÇİMLERİNİ ETKİLEMESİ MUHTEMEL OLAN VEYA BU NEDENLE HAKSIZ REKABETE YOL AÇARAK RAKİBİNİN ZARAR GÖRMESİNE NEDEN OLAN REKLAMLARDIR.

Görüldüğü gibi Konsey Direktifi, bir reklam nedeniyle fiilen zarar doğmuş olmasını değil doğma ihtimalinin varlığını, tüketicinin yanılsama ihtimalinin varlığını dahi aldatıcı reklam kabul etmiştir.

Ancak tüketicinin yanılsama ihtimali başka bir unsurla desteklenmiştir; reklamın bu niteliği nedeniyle tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileme ihtimali de aranmıştır. Yani abartılı olduğu açıkça belli olan ve bu nedenle tüketicinin pazar davranışlarını etkilemeyecek olan bir reklam aldatıcı sayılmayacaktır.

Aldatıcı reklamların ilk muhatabı tüketici olup ikinci muhatabı ise bu reklamın yol açtığı haksız rekabet nedeniyle rakip firmalardır. Ünlü reklamcı Jacques Seguela; "Reklam yalan söyleyemez, reklamcılık, yalanın yasayla cezalandırıldığı tek meslektir. Reklamcılık, aynı zamanda, çevreni iki kez aldatamayacağın bir meslek." demek

(16) ASLAN, İ Yılmaz, age., s. 261-262.

(17) 84/450 AET sayılı ve 10.9.1984 tarihli yönerge, 19.9.84 tarihli O.J No L 250/17 (Top.Res.Gaz.) yayınlanmıştır.

suretiyle aldatıcı reklamın yasal olmadığını vurguladığı gibi; reklamcılık mesleğine de büyük zarar verdiğini belirtmektedir. Gerçeğe aykırı rekabet sadece reklamı yapılan malın alıcılarını zarara sokmakla kalmaz; reklamda dürüstlüğe uyan rakiplerde yalan söyleyen reklamcılar yüzünden satış hacimlerinden kayıplara uğrarlar (18).

1 – Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Aldatıcı Reklam

TTK. 56 vd. haksız rekabeti düzenlemiştir. 56. madde genel bir tanım getirmiştir. Buna göre, haksız rekabet; aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı sair suretlerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımudur. Bu tanım esasen MK. 2. maddesinin özellikle rekabet alanındaki görünümünden ibarettir. 57. madde ise özellikle ne gibi davranışların iyiniyet kurallarına aykırı sayılacağı liste halinde ve örnek kabilinden olmak üzere sayılmıştır. Bu örnekler arasında açıkça aldatıcı reklam sayılmış değildir. Bununla birlikte geniş anlamda reklam açısından bakıldığında 57. maddenin 1 – 5, 8. bentleri reklamlar yolu ile ihlal edilebilir. Ancak aldatıcı reklamların genellikle TTK. 57/3 bendi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (19). TTK. 57/3 bendine göre, bir kişinin kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermesi haksız rekabet teşkil eder. 57 son cümleye göre, 3. kişiler hakkında yukarıdaki gibi hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek de bir haksız rekabet halidir (20). Ayrıca 57 / 4. maddede 3. bendin özel bir şekli düzenlenmiştir.

Buna göre paye, şahadetname veya mükafat almadığı halde bunlara sahip imişçesine hareket ederek müstesna kabiliyet olduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış ünvan yahut mesleki adlar kullanmak da bir haksız rekabet hali olarak öngörülmüştür.

Demek ki; TTK. açısından bir reklam yanlış veya yanıltıcı ise aldatıcı reklam sayılır. Bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında iki kıstas aranacaktır. Eğer bir reklam yanlış ise aldatıcıdır. Eğer bir reklam yanlış değilse ama yanıltıcı unsurları taşıyorsa yine aldatıcı reklam olarak kabul edilecektir.

(18) KURTULUŞ, K. "Reklam Harcamaları" s. 51, İstanbul, 1989.

(19) GÖLE, Celal, age., s. 52-53.

POROY, Reha. "Ticari İşletme Hukuku", s. 201.

(20) GÖLE, Celal, age., s. 52.

B – UNSURLARI**1 – Yanlış Reklam**

Yanlış bir reklam esas itibariyle aldatıcıdır (21). Ancak bazı hallerde reklam yanlış olduğu halde aldatıcı kabul edilmeyebilir (22). Çünkü bazı hallerde reklamın yanlışlığı herkesçe bilinebilecek şekilde yapılır. Her reklamda bir miktar abartma olmakla birlikte bazı reklamlarda o kadar barizdir ki buna hiç kimse inanmaz. Örneğin bu yağ o kadar hafiftir ki bunu kullanırsanız uçarsınız. Bu reklamdaki yanlışlık açıkça abartı sınırları içinde kaldığı için bu reklam aldatıcı sayılmayacaktır (23). Ancak abartı olduğu anlaşılacak şekilde gerçeğe aykırı bilgiler verilmesi aldatıcı reklam teşkil eder. Örneğin işletmenin kuruluş tarihinin gerçeğe uymaması, satılan malın menşeinin doğru yazılmaması, bir tacirin gerçeğe aykırı olarak piyasanın en eskisi ve en tecrübelisi olduğunu iddia etmesi, gazete veya diğer yayınların baskı adedinin fazla gösterilmesi (24).

2 – Yanıltıcı Reklam

Bir reklamın lafzen doğru olması, onun aldatıcı olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmez (25). Reklamdaki lafzı, reklamdaki vaad ve gösterinin desteklemesi ve reklamın tüketiciyi ilgilendirecek esaslı bazı noktaları belirtmeyi ihmal etmemesi gerekir. Eğer, reklamdaki ifade ile reklamdaki vaad arasında bir ilişki yoksa ve ifade vadi kanıtlamıyorsa o reklamı yanıltıcı olarak kabul edebiliriz. Reklamdaki gösterinin reklamdaki lafzı desteklemediği hallerde yanıltıcı reklamdan bahsedilebilir.

Bir reklamdaki lafz açısından doğru olan ifade tüketici açısından önemli sayılabilecek yeterli bilgileri ve gerekli açıklamaları kapsamadığı hallerde de o reklam yanıltıcı dolayısıyla da aldatıcı olarak kabul edilebilir (26).

Bazı hallerde reklamın lafzının birden fazla anlamı olabilir; bu gibi durumlarda anlamlardan birinin yanıltıcı olması halinde reklam aldatıcı reklam olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde reklamlarda kullanılan belirsiz ifadeler de tüketiciyi yanıltabilir. Bu nedenle tüm reklam kelimeleri, resimleri ve anlamı ile tüketici için anlaşılır olmalıdır (27).

(21) GÖLE, Celal, age., s. 62.

(22) Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliği (TRKGM-95/142-143)

(23) ADAK, Agah, "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet" A.İ.T.İ.A.Der, s. 363.

(24) ÖCAL, Akar, agm., s. 99.

(25) GÖLE, Celal, age., s. 67.

(26) GÖLE, Celal, age., s. 70.

(27) GÖLE, Celal, age., s. 72.

3 – Aldatma Kabiliyeti

Bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için tüketicilerin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması gerekir. Hiç bir tüketiciyi aldatamayacak derecede abartılı olan reklamlar aldatıcı reklam olarak kabul edilemez. Bu nedenle tüketicilerin aldanması veya aldanma ihtimalinin varlığı aranmalıdır. Bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için yalnız bir tüketicinin aldanmış olması yeterli midir? Yoksa tüketicilerin ne kadarının aldanmış olması gerekir? Bu konuda kesin kıstaslar koymak mümkün değildir. Her reklam belli kitleyi hedef almaktadır; bazı reklamlar sadece çocukları, bazıları sadece yetişkin kadınları, bazıları ev hanımlarını, bazıları ise belli meslekten olan insanları hedef almaktadır. Bu duruma göre hangi kişilerin aldanması veya aldanma ihtimali gözününe alınacaktır?

Konsey Direktifinde açıkça, "yöneldiği veya ulaştığı kişileri aldatıcı veya aldatma ihtimali olan" ibaresi kullanılarak bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında sadece yöneltildiği, hedef kitleyi değil ulaştığı her hangi kişileri aldatan veya aldatıcı olan kıstasının uygulanması gerektiğinin belirtmiş olmaktadır.

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının saptanmasında esas itibariyle ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicilerin gözününe alınması ve reklamın bu kişiler açısından aldatıcı olup olmadığının belirlenmesi gerekir (28). Aksi halde, örneğin bilgisiz saf bir tüketici esas alınırsa neredeyse tüm reklamlar aldatıcı sayılarak yasaklanabilir (29).

Konsey Direktifi bir reklamın aldatıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde tüm niteliklerinin özellikle belirli konulardaki içerdiği bilgilerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre bir reklamdaki şu konulardaki bilgilerin, onun aldatıcı olup olmadığının tesbitinde dikkate alınması gerekir.

Mal ve hizmete ulaşma kolaylıkları, cinsi, yapılışı, bileşimi, üretim yöntemi ve tarihi özellikleri, coğrafi veya ticari menşei, kullanım amacına uygunluğu, kullanımından beklenebilecek sonuçlar, test ve deneme sonuçları, fiat veya fiatın tesbitine ilişkin bilgiler reklam yapanın kimliğine, mali durumuna, sahip olduğu haklar ve aldığı ödül ve payeler hakkındaki bilgiler (30).

4 – Mukayeseli Reklam

Reklam sanayinde son günlerde ülkemizde de mukayeseli reklamlar sıkça kullanılmaktadır. Bir reklam bir kimsenin sadece kendi ürünlerini tanıtmayı, onun niteliklerinin belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi, açıkça veya kapalı olarak rakip ürün-

(28) Tebliğ, 4. mad. e bendinde "ortalama reklam izleyicisi", 15. mad. f bendinde "ortalama bir çocuk" kıstasları kullanılmıştır.

(29) GÖLE Celal, age, s. 74.

(30) Tebliğ 6. madde d bendinde benzer düzenleme.

lerle karşılaştırmalı olarak da yapılabilir. Bir reklamda birinci, tek en iyi, en üstün vs. gibi vasıfların kullanılması halinde diğer ürünler ile zımni bir karşılaştırma yapılmış olmaktadır. Bu gibi reklamların doğru ve dürüst olması ve yapılan mukayesenin objektif kıstaslara dayanması halinde aldatıcı sayılmayacağı genellikle kabul edilmiştir (31). Tebliğ'in 9. maddesinde de açıkça karşılaştırmalı reklamlara izin verilmiştir. ancak "karşılaştırma içeren reklamlarda, karşılaştırmanın yanıltıcı olmaması ve dürüst rekabet ilkelerine uyulması zorunludur." Rakibin ismi belirtilerek yapılan karşılaştırmalı reklamlarda tereddüt vardır. Bu durumda, en azından rakibin uzun süreler cabalayıp yarattığı isimden haksız yere yararlanılma sonucunun doğmaması istenmektedir. (32). Tebliğ'de bu konu açıkça vurgulanmıştır. Tebliğ'in 12. maddesine göre "reklamlarda; a – Bir başka firma, şirket ya da kurumun adı veya amblem logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılmaz. b – Bir kişinin adının veya bir başka şirket ya da ürüne ait ticari ünvan ve simgenin, sahip olduğu yada bir reklam kampanyasıyla sağlanmış bulunan itibardan, tüketiciyi yanıltabilecek şekilde yararlanılmaz. "Ancak piyasadaki rakip malların nitelikleri konusunda tüketicinin objektif kıstaslarla aydınlatılmasında yarar vardır. Bu nedenle Tebliğ'in 9. maddesinin 2. cümlesinde karşılaştırmalı reklamlarda doğrulanabilir hususlarda karşılaştırma yapılabileceği belirtilmektedir. Bir üreticinin hiçbir yanlış bilgiye yer vermeden, örneğin bir bilimsel tarafsız kuruluşun yapmış olduğu mukayeseli deneyleri, esaslı noktaları da açıklamak suretiyle reklamında kullanması halinde bu tüketicinin aydınlanmasını sağlar; bu nedenle aldatıcı olarak kabul edilmemesi gerekir (33).

Ancak bilimsel araştırma sonuçlarının bir kısmının yanlış anlaşılmalara yol açacak şekilde verilmesi aldatıcı reklam olarak kabul edilir (34). Nitekim Tebliğ'in 6. maddesinin 1 bendine göre "reklam araştırma sonuçlarını veya teknik ve bilimsel yayınlardan yapılan alıntıları çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılmaz. Reklamlarda, yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılmaz."

"En iyi", "en üstün", "daha ucuz", "en eski", "en büyük", "yegane", "tek", "erişilmez" gibi üstünlük bildirir bir şekilde yapılan reklamlar yanlış veya yanıltıcı olmadıkları sürece aldatıcı reklam sayılmazlar. Eğer iddia edilen üstünlükler kanıtlanamıyorsa, yanlışsa veya doğru olmakla birlikte yanıltıcı, asalak reklama yolaçıcı mahiyette

(31) ASLAN İ Yılmaz, age., s. 254.

(32) ASLAN İ Yılmaz, age., s. 254.

(33) GÖLE Celal, age, s. 83-87.

(34) GÖLE Celal, age, s. 89.

ise, o zaman aldatıcı reklam olarak kabul edilir. Yargıtay bir kararında iddia edilen birinciliğin genel olarak söylenmesini hangi konuda birinci olduğunun belirtilmemiş olması nedeniyle aldatıcı reklam olarak kabul etmiştir (35). Bu karar doktrin tarafından reklam yapandan her konuda birinci olduğunu kanıtlaması istenmesi gerektiği halde doğrudan doğruya hangi konuda üstün olduğunun bildirilmemesi gerekçesiyle reklamın aldatıcı kabul edilmesi eleştirilmiştir. Yargıtay bir başka kararında, "karacan reklamda 1." ilanını ilan metni içinde tam sayfa reklamların esas alındığının gösterilmesi ve bu hususun doğru olması gerekçesiyle, bu reklamın aldatıcı olmadığına karar vermiştir. Yargıtayın bu kararda reklamdaki iddianın doğruluğunu araştırırken, biraz önce bahsedilen kararda reklamdaki iddianın doğruluğunu araştırmamış olması isabetsizdir (36).

C-ALDATICI REKLAMLAR HAKKINDA YÜRÜRLÜKTEKİ ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

1- Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan Önce:

Aldatıcı reklamların tanımını yapan ve unsurlarını belirleyen bir yasa yoktur. Yalnızca TTK. 56 ve 57. maddeleri ile BK. 48. maddesinde haksız rekabet hali düzenlenmiştir.

Bunlara ek olarak, TRT. reklam esasları 8/1. maddesine göre; reklamlarla tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici söz ve görüntü unsurlarına yer verilemez. Yine Sermaya Piyasası Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, İspençiyari ve Tıbbi Müstehzarlar Kanunu'nda "aldatıcı reklam yapılamayacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 19. ve devamı maddelerinde de; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a koşturularak radyo ve televizyonlarda tüketiciyi aldatıcı ve çocukları istismar edici reklamlar yasaklanmıştır.

2-Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun:

Bu kanunun 16. maddesi "ticari reklam ve ilanların tüketiciyi yanıltıcı, kamu sağlığını bozucu, hastaları yaşlıları, çocukları ve özürülleri istismar edici olamayacağını" hüküm altına almıştır. Yasa'nın 17. maddesi de "ticari reklam ve ilanlarda uyulması gerekli ilkeleri belirlemek, aksine davranışları denetlemek üzere bir "Reklam Kurulu" oluşturulmasını" öngörmektedir.

Böylece ilk kez, aldatıcı reklamlar konusunda doğrudan düzenleyici hükümler yasadaki yer almış ve bu alandaki önemli bir gereksinim giderilmiş olmaktadır. Şüp-

(35) Yargıtay, 11. HD. 22-12-1992 günlü ve E. 1991/4992, K. 1992/1613 sayılı karar

(36) MOROĞLU, Erdoğan, "Karşılaştırmalı Reklamlar ve Yargıtay Kararları", Tic. Huk. ve Yargıtay Karar. Sempozyumu, s. 12 vd.

hesiz bu konuda etkin denetimin sağlanabilmesi ve tüketicinin korunması için Reklam Kuruluna çok önemli görevler düşmektedir (37).

3- Radyo ve Televizyon Kuruluşları Reklam Yayın İlkeleri ve Usulleri ile Reklam Gelirleri Üst Kurul Paylarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik:

Bu Yönetmelik'te aldatıcı reklam; "tüketicinin güvenini saflığını, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar eden reklamlar haksız ve aldatıcı reklamlardır" şeklinde tanımlanmıştır (38).

Haksız ve aldatıcı reklam sayılan haller de aşağıdaki sayılan şekilde belirlenmiştir:

- a- Tüketiciyi aldatıcı düzeye ulaşan abartılı ifade ve görüntülerin bulunması
- b- Satış fiatının açıklanmasında tüketicie olan gerçek maliyetinin verilmemesi
- c- Açıklanan indirimli bedel ile piyasada uygulanan bedel arasında bariz farklılığın bulunması
- d- Reklam mesajında ürün veya hizmetlerin içerik, miktar kalitelerine ilişkin yanlış ve yanıltıcı ifade ve görüntülere yer verilmesi
- e- Reklamı yapılan ürün ve hizmetlere verilen ödül, madalya ve sertifika gibi üstünlük ima eden unsurların en az ülke düzeyinde kabul görmüş yarışma sonuçlarına veya üniversitelerin veya kanunla kurulmuş bilimsel kurumların değerlendirmelerine dayandırılmadan duyurulması
- f- Ürün ve hizmetlerle ilgili sınai mülkiyet hakları ve ticari ünvanlar konusunda yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi
- g- Ürün ve hizmetlerin yerine getirdiği fonksiyonlar hakkında gerçek durumun yansıtılmaması
- h- Reklamı yapılan ürün ve hizmetlerle birlikte karşılıksız olarak verilen ürün veya hizmetlerin veya ikramiyelerin gerçek durumu yansıtmaması veya taahhüt edilenden farklı olması
- i- Uzun süreden beri pazarlanan bir ürün veya hizmetin, yeni bir ürün veya hizmet olduğu izlenimini verecek şekilde duyurulması
- j- Çocukların, yaşlıların ve hastaların duyarlılığının suistimal edilmesi
- k- Reklamı yapılan ürün veya hizmetin yerine daha kaliteli bir ürün veya hizmetin görüntülenmesi
- l- Çeşitli anlamlara gelebilecek ifade veya kelimelerin aldatıcı nitelikteki anlam yada anlamlarının kullanılması
- m- Bilimsel ve istatistiki bilgilerin tüketici tercihlerini gerçek durumun aksine yönlendirecek şekilde verilmesi

(37) YAVUZ, Levent. "Tüketicinin Aldatıcı Reklamlardan Korunması", Ankara Barosu Dergisi, y. 1995, s. 2.

(38) Resmi Gazete, 20.11.1994, s. 22117.

n–Bir başka işletmenin ünvanı, amblemi, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının haksız bir biçimde kullanılması

o–Başka ürün ve hizmetlere ait reklamların genel düzeninin, metninin, sloganının, görsel sunumunun, müzik ve ses efektlerinin ve benzeri unsurlarının tüketiciyi yanıltacak yada karışıklığa yol açacak şekilde taklit edilmesi (39)

Bu yönetmelikle belirlenmiş haksız ve aldatıcı reklam yapma yasağına uyulmaması halinde 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları hakkındaki Kanun'da öngörülen müeyyideler uygulanacaktır. Ayrıca Yönetmeliğin 15. maddesinde de öngörüldüğü üzere haksız ve aldatıcı reklamların radyo ve televizyonda yayınlanmasından yayıncı kuruluş sorumlu olacaktır.

Yayıncı kuruluşlar, reklamların kendi kuruluşlarının dışında hazırlandığını içeriğine veya biçimine müdahale imkanlarının olmadığını veya bu tür reklamların başka araçlarla da duruyulduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar.

Ayrıca bu yönetmelik hükümlerini Radyo Televizyon üst Kurulu yürütüyor.

4–Aldatıcı Reklamlara İlişkin Olarak Üye Ülkelerin Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkındaki Avrupa Birliği Konseyinin 10–9–1984 Tarihli Direktifi

9. maddede toplanan Direktif, tüm üye ülkelere yönelen ve 8. maddesi gereğince en geç 1–10–1984 tarihine kadar, üye devletlerin bu kurallara uymak için gerekli önlemleri almalarını öngörmüştür.

–Gereğesi şu şekilde belirtilmiştir: Aldatıcı reklamın ortak pazarda rekabet sapmalarına yol açabileceği, malların alım satımı ve hizmet sunumunda tüketicinin yanlış seçim yapmasına neden olabileceği belirtilmiştir. Bu konuda üye ülkeler arasındaki yasal düzenlemelerdeki farklılıklar ise tüketicilerin değişik düzeylerde korunması sonucunu doğuracağı gibi malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını etkileyecektir. Bu nedenle tüketicinin korunması kadar kamu yararı ve dahası ticaret ve zanaat alanında rekabet halindeki işletmecilerin korunmaları için üye ülkelerdeki aldatıcı reklamlar hakkında mevzuatın uyumlu olması gerekmektedir. Ayrıca reklam veren, reklamında iddia ettiği hususların gerçekliğini mahkeme veya idari otoritelerce gerekli görüldüğü takdirde kanıtlamalıdır.

–Direktifin İlgili Hükümleri:

m.1– Direktifin amacı, tüketicileri, ticaret ve zanaat alanında çalışan işletmecileri ve kamuyu aldatıcı reklamlardan ve ona bağlı olarak doğaca istenmeyen sonuçlarından korumaktır.

m.2– Bu Direktifte geçen;

a– “reklam” ticari iş, zanaat veya mesleği ile bağlantılı olarak taşınmaz mallar ve bunlara bağlı hak ve yükümlülükler de dahil olmak üzere sunulan mal ve hizmetler-

(39) ÇEÇEN, Anıl. “Düşünce Hukuku”, Ankara, 1995.

de artışın sağlanması için herhangi bir yolla yapılan duyurudur.

b- "Aldatıcı reklam" hangi şekilde olursa olsun, sunuluş biçimi de dahil olmak üzere, hedef aldığı veya ulaştığı insanları aldatan yada aldatma olasılığı bulunan ve aldatıcı yapısı nedeniyle de onların ekonomik seçimlerini etkilemesi olası veya bu nedenle haksız rekabete yol açarak rakibin zarar görmesine neden olan reklamlardır.

c- "Kişi" herhangi gerçek veya tüzel kişidir.

m.3-Bir reklamın aldatıcı olup olmadığına karar verilirken onun tüm nitelikleri değerlendirilecek ve özellikle;

aa-mal veya hizmetlerin yapısı, iş yapma gücü, oluşumu imalat ve sunuluş yöntemi ve tarihi, amaca uygunluğu, kullanımı, niteliği, özelliği, coğrafi veya ticari orijini veya kullanımından beklenmesi gereken sonuçlar veya mal ve hizmetleri oluşturan malzemelerin test sonuçları yada kontrolü

bb-fiati veya fiatın hesaplanma biçimi ve mal ve hizmetlerin sunulduğu zamandaki koşullar.

cc-reklam verenin kimliği, sermayesi, nitelikleri ve endüstriyel, fikri ve sınai hakları yada ödülleri ve üstünlükleri gibi nitelikleri ve hakları konularındaki bilgiler gözönüne alınacaktır.

m.4-

a-üye ülkeler tüketicileri, tacirleri ve kamuyu aldatıcı reklamlardan koruyacak uygun ve etkin kontrolü sağlayan önlemleri almakla yükümlüdürler.

Bu önlemler, kişiler ve organizasyonların uymakla yükümlü oldukları yasal düzenlemeler halinde ve:

aa- bu tür reklamlar aleyhine dava açılmasını; ve/veya

bb-yetkili idari otoriteler önüne getirilerek şikayet hakkında bir karar verilmesi veya yasal işleme tabi tutulmasını sağlayacak hükümleri içermelidir.

Her üye ülke mahkemeler veya idari makamların ilk derece sıfatıyla yukarıda sayılan işlemleri yapmaya yetkili olduğunu belirleyecektir.

b-Yukarıdaki paragraf ile kendilerine yetki verilen makamlar ilgilinin ve kamunun yararlarını gözönüne alarak, reklam verenin kastı ve/veya kusuru olduğunu ve reklamın bir zarara yada gerçek bir kayba yol açtığının kanıtlanmasına gerek olmaksızın:

-aldatıcı reklamın durdurulması veya durdurulması için aleyhine yasal işlemlerin başlatılmasına veya

-eğer aldatıcı reklam henüz yayımlanmamışsa-basılmamışsa ancak basılmak üzereyse, bunun önlenmesi veya hakkında yasal işlemlerin başlatılmasına karar verilebilecektir.

Bunlara ek olarak, üye ülkelerin yetkili kıldıkları makamlar, aldatıcı reklamın etkilerini ortadan kaldırmak için verecekleri nihai kararda:

–durdurma kararının tümünün veya uygun gördükleri bir bölümünün yayımlanmasına veya

–düzeltilmiş haliyle yayımlanmasına karar verebilir.

c–yukarıdaki paragrafta geçen idari makamlar:

aa–tarafsızlıklarından şüpheye düşülmeyecek şekilde oluşturulmalı

bb–şikayetler hakkında karar vermek ve kararın uygulanmasını sağlamak ve denetlemek konularında uygun yetkilere sahip olmalı

cc–kararları gerekçeli olmalıdır.

İdari makamların kararları aleyhine yargı yolu açık olmalıdır.

m.5– Direktif, mahkemeler ve idari makamlara ek olarak, kişiler veya organizasyonlarca başvuru halinde gönüllü tüketici örgütleri tarafından da yardım ve işlem yapılmasını engellemez.

m.6– üye ülkeler mahkemeleri veya idari makamları:

a–gerek reklam veren ve gerekse davanın karşı tarafının çıkarlarını gözönüne alarak, reklam verenden reklamda öne sürülen hususların doğruluğunu kanıtlamasını isteyebilir. Bu istek somut iddiaya ait olan olaylara ilişkindir.

b–Eğer öne sürülen iddianın doğruluğuna ilişkin kanıtların getirilmemesi yada mahkemece veya idari makamlarca yetersiz bulunması hallerinde, reklamda öne sürülen hususlar aldatıcı olarak değerlendirilir.

Böylece “reklam” ve “aldatıcı reklam”ın tanımlarının yapıldığı, bir reklamın “aldatıcı” olarak nitelendirilebilmesi için hangi özelliklerinin dikkate alınması gerektiğinin sayıldığı, aldatıcı reklamlara karşı alınması gereken asgari yasal önlemlerin belirttiği yukarıda metni verilen direktif ile, aldatıcı reklamcılığı engellemeye yönelik yasal önlemlerle ilgili olarak üye ülkelerin hukuk sistemleri arasında asgari bir birlik sağlanmak istenmiştir. Avrupa Topluluğu düzeyinde kabul edilen başka program ve direktiflerle de reklamlarla ilgili bazı özel hükümlerin yer aldığını da belirtmek gerekir. Örneğin “Tüketiciyi Koruma İkinci Programı” kapsamında, turistlerin korunmasıyla ilgili önerilerin arasında, tatil programlarıyla ilgili reklam broşürlerinin, yatacak yer ve eğlence imkanlarını kontrat hükümlerine göre yansıtmaları gerektiği, aksi halde “aldatıcı reklam” hükümlerine tabi olacağı belirtilmektedir. Bunun yanında tüketicilerin bilgilendirilme ve eğitime haklarına bağlı olarak, firmaların reklamlarda bilgi verme ve eğitime önceliklerine ağırlık vermeleri istenmektedir (40).

(SÜRECEK)

(40) GÜRZUMAR, Aydanur. “Türkiye, İsviçre ve Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Reklamcılık Alanında Tüketicinin Korunması Amacıyla Uyulması Gereken Hukuk Kuralları”, Ankara Barosu Dergisi, y. 1991, s. 3.

